Die Theorien über die rechtliche Natur der Gründung des Norddeutschen Bundes.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

hohen juristischen Fakultät

der

Königl. Ludwig-Maximilians-Universität München

eingereicht von

FRITZ SAALFELD

Kammergerichtsreferendar.

ACAD. LUDWIGS-MAX. BIBL.

BERLIN.

Druck von G. Buschhardt, Bülowstrasse 88.

1911.

Berichterstatter: Professor Dr. Stengel.

Meinen Eltern.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

§ 1. Uebersicht.
§ 2. Geschichtliches.
§ 3. Die rechtliche Natur des Norddeutschen Bundes.

Erster Abschnitt.

Die Theorien, die eine juristische Konstruktion der Entstehung des Norddeutschen Bundes geben wollen (Rechtstheorien).

I. Theorien, welche den Rechtsgrund der Entstehung in einem staatsrechtlichen Akte finden.

§ 4. Die Theorie Gierke.
§ 5. Die Theorie Arndt.

II. Theorien, welche den Rechtsgrund der Entstehung in einem völkerrechtlichen Akte finden.

§ 6. Die Theorie Seydel.
§ 7. „ „ Meyer
§ 8. „ „ Anschütz.
§ 9. „ „ Haenel.

III. Theorien, welche keinen Rechtsgrund der Entstehung angeben.

§ 10. Die Theorie Laband.

Zweiter Abschnitt.

Die Theorien, die eine juristische Konstruktion der Entstehung des Norddeutschen Bundes ablehnen (Tatsachentheorien).

I. Reine Tatsachentheorien.

§ 11. Die Theorie Jellinek.
§ 12. „ „ Liebe.
§ 13. „ „ Binding.

II. Gemischte Tatsachentheorien.

§ 14. Die Theorie Zorn.

Schlussbetrachtung.

§ 15. Die Ansicht des Verfassers.
§ 16. Die Konsequenzen der verschiedenen Theorien.
§ 17. Rückblick.

Literaturbericht.

Affolter,	Staat und Recht, in Annalen des Deutschen Reiches 1903. S. 811 ff.
„	Die Verbandsgewalt, in Annalen des Deutschen Reiches 1911. S. 126 ff.
Anschütz,	Deutsches Staatsrecht, in v. Holtzendorff-Kohlers Encyclopädie der Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 451 ff. 1904.
„	Bismarck und die Reichsverfassung 1899.
Arndt,	Staatsrecht des Deutschen Reiches 1901.
„	Verfassung des Deutschen Reiches 1907.
Bähr,	Die Reichstagskompetenz, in Preussischen Jahrbüchern Bd. 28 S. 75 ff.
Beseler,	Die Reichstagskompetenz, ebenda S. 187 ff.
Binding,	Die Gründung des Norddeutschen Bundes, in Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Windscheid 1888.
„	Deutsche Staatsgrundgesetze. I. Heft (gröss. Ausgabe) 1907.
„	Deutsche Staatsgrundgesetze. 4. Heft. 1908.
Borel,	Etude sur la souveraineté et l'Etat fédérativ. Genfer Dissertation 1886.
Bornhak,	Die vertragsmässigen Grundlagen der Reichsverfassung, in Archiv f. öffentl. Recht 7 S. 329 ff.
„	Allgemeine Staatslehre 1896.
„	Grundriss des Deutschen Staasrechts 1907.
Brie,	Theorie der Staatenverbindungen 1886.
„	in Grünhuts Zeitschrift 11 S. 85 ff.
Coenders,	Ueber die Rechtsnatur der Entstehung des deutschen Bundesstaates, in Zeitschritt für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht Bd. 3. 1909.
Fleiner,	Die Gründung des Schweizerischen Bundesstaates 1848. 1898.
Fleischmann,	Der Weg der Gesetzgebung in Preussen 1898.
Gierke,	Labands Staatsrecht und die Deutsche Rechtswissenschaft, in Schmollers Jahrb. 7. S. 1097 ff.
„	Die Grundbegriffe des Staatsrechts, in Zeitschrift für Staatswissenschaft 30 S. 153 ff.

Gierke,	Die Genossenschaftstheorie 1887.
„	Deutsches Privatrecht Bd. 1, in Bindings Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft 1895.
„	Wesen der menschlichen Verbände. Rektoratsrede 1902.
Glaser,	Archiv des Norddeutschen Bundes 1867.
Grassmann,	in Kritische Vierteljahrsschrift für Geseizgebung und Rechtswissenschaft 40 S 269 ff.
Haenel,	Studien zum deutschen Staatsrecht I. 1873.
„	Deutsches Staatsrecht Bd. I, in Bindings Handbuch 1892.
Hahn,	Zwei Jahre preussisch-deutscher Politik 1868.
v. Jagemann,	Die deutsche Reichsverfassung 1904.
Jellinek,	Lehre von den Staatenverbindungen 1882.
„	System der subjektiven öffentlichen Rechte 1892.
„	Das Recht des modernen Staates Bd. 1: Allgemeine Staatslehre 1905.
Kühlewein,	Entstehung von Bundesstaat und Aktiengesellschaft. Erlanger Dissert. 1894.
Kuntze,	Der Gesamtakt, in Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Müller. 1892.
Laband,	Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. 1. 1901.
„	Deutsches Reichsstaatsrecht, in „Das öffentliche Recht der Gegenwart". 1909.
Le Fur,	Etat fédéral et Confédération d'Etats. 1896.
Liebe,	Staatsrechtliche Studie I. 1880.
„	Staatsrechtliche Streitfragen, in Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 38 S. 624 ff.
v. Liszt,	Völkerrecht 1910.
Loening,	Grundzüge der Verfassung des Deutschen Reiches 1901.
v. Martitz,	Betrachtungen über die Verfassung des Norddeutschen Bundes 1868.
„	in Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 32 S. 555 ff.
Mejer,	Einleitung in das deutsche Staatsrecht 1884.
Meyer, G.,	Grundzüge des norddeutschen Bundesrechts 1868.
„	Staatsrechtl. Erörterungen über die Deutsche Reichsverfassung 1872.
„	-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts 1905.
v. Mohl,	Das deutsche Reichstaatsrecht 1873.
v. Müller,	in Kritische Vierteljahresschrift 24 S. 593 ff.

Pohl, Die Entstehung des belgischen Staates und des Norddeutschen Bundes, in Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht. Heft 1 1905.

„ Bundesstaatsschöpfung und Kuntzes Gesamtaktstheorie, in Archiv für öffentliches Recht. Bd. 20 S. 173 ff. 1906.

Posener, Verfassung des Deutschen Reiches 1903.

Rehm, in Kritische Vierteljahresschrift 33 S. 376 ff.

„ Unitarismus und Föderalismus 1898.

„ Allgemeine Staatslehre, in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts 1899.

v. Rönne, Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. 1. 1876.

Rosenberg, in Archiv für öffentl. Recht 14 S. 328 ff.

Rosin, in Annalen 1883 S. 265 ff.

„ Grundzüge einer allg. Staatslehre nach den politischen Reden und Schriftstücken des Fürsten Bismarck, in Annalen 1898 S. 81 ff.

Schulze, Einleitung in das deutsche Staatsrecht. 1867.

„ Lehrbuch des deutschen Staatsrechts Bd. I. 1881.

Seydel, Staatsrechtl. und politische Abhandlungen 1893.

„ Kommentar zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich 1897.

v. Stengel, Staatenbund und Bundesstaat, in Schmollers Jahrbuch 22 S. 1119 ff.

Thudichum, Verfassungsrecht des Norddeutschen Bundes 1870.

Triepel, Völkerrecht und Landesrecht 1899.

Trieps, Das Deutsche Reich und die deutschen Bundesstaaten in ihren rechtlichen Beziehungen. 1890.

Ullmann, Völkerrecht 1908.

Wenzel, Zur Lehre der vertragsmässigen Elemente der Reichsverfassung. Bonner Dissertation 1908.

Westerkamp, Ueber die Reichsverfassung 1873.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1, 1900.

Zorn, Streitfragen des deutschen Staatsrechts, in Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 37 S. 292 ff.

„ in Annalen des Deutschen Reiches 1884 S. 472 ff.

„ Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. I 1895.

„ Reich und Reichsverfassung 1895.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 44 S. 378 ff.

Stenograph. Bericht der Verhandl. des Hauses d. Abgeordneten 1866/67 Bd. 1.

„ „ „ „ „ „ „ „ 1866/67 Anlage

„ „ „ „ „ „ „ „ 1867

„ „ „ „ „ konstituierenden Reichstags.

Abkürzungen:

Archiv	= Archiv für öffentliches Recht.
Grünhut	= Grünhuts Zeitschrift für das öffentl. und Privatrecht der Gegenwart.
Marquarden	= Handbuch des öffentl. Rechts der Gegenwart.
Vierteljahresschrift	= Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Zeitschrift	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.

Einleitung.

§ 1. Uebersicht.

Am 1. Juli 1867 gab es wieder einen „deutschen Staat"; der Norddeutsche Bund trat ins Dasein. Nach jahrzehntelangem Streben und Ringen des deutschen Volkes der erste und grosse Erfolg. Zwar sollten bis zur vollen Einigung der Nation noch einige Jahre verfliessen, aber das schwerste war schon mit der Errichtung des Norddeutschen Bundes getan, das zweite Werk stellt sich nur als Krönung des ersten dar.

Mag auch die Gründung des Deutschen Reiches die Erinnerung an jene wichtige Etappe auf dem Wege zur Einheit Deutschlands in den Hintergrund gedrängt haben, mag heutzutage der Norddeutsche Bund nur als Vorstufe des Deutschen Reiches Beachtung finden, so ist doch für den Juristen die Gründung des Norddeutschen Bundes das wichtigere Ereignis. Denn ihm erscheint das Deutsche Reich lediglich als Erweiterung des Norddeutschen Bundes. Daher bietet auch noch für das Reichsstaatsrecht die Beurteilung der Entstehung des Norddeutschen Bundes das grösste Interesse.

Viel und eingehend hat sich die juristische Wissenschaft mit dem Probleme der Schöpfung des Norddeutschen Bundes beschäftigt, eine grosse Fülle der verschiedensten Theorien über die rechtliche Natur dieser Gründung ist von den deutschen, ja auch von ausländischen Staatsrechtslehrern aufgestellt worden.

Diese mannigfachen Ansichten darzustellen und zu werten, bildet die Aufgabe des Folgenden. Dabei werden unwichtige, wenig beachtenswerte Theorien ganz beiseite zu lassen, alle anderen aber zu gruppieren sein. Es gilt

dann, jede Auffassung an den Werken desjenigen Schriftstellers darzustellen und zu beurteilen, der die Auffassung am prägnantesten vertritt, bei den übrigen Anhängern dieser Richtung aber nur auf ihre Abweichungen von der besprochenen Ansicht einzugehen.[1])

Wenn man sich über die rechtliche Natur des grossen historischen Ereignisses klarwerden, wenn man die vorhandenen Theorien würdigen will, so muss man sich zunächst die historischen Geschehnisse wieder ins Gedächtnis rufen. Daher ist mit einer kurzen Darstellung des Ganges der Ereignisse zu beginnen, wobei, soweit es die Natur der Sache gestattet, jede juristische Deutung des Herganges vermieden werden soll.

§ 2. Geschichtliches.[1])

Kaum war in den Freiheitskriegen der Feind aus den deutschen Gauen vertrieben, da tauchten sofort Wünsche und Pläne auf, an Stelle des alten deutschen Reiches, das im Jahre 1806 sang- und klanglos zu Grabe getragen war, ein neues, festeres Deutsches Reich zu errichten. Doch man musste sich mit Erreichbarem begnügen, und so trat 1815 der „Deutsche Bund“ ins Leben. Aber das lockere völkerrechtliche Verhältnis der deutschen Staaten war nicht von Dauer. Der Bruderkrieg des Jahres 1866 vernichtete es, und am 24. August 1866 erklärte der Rest des Bundestages den Deutschen Bund für aufgelöst: Der Weg für die Einigung Deutschlands unter Preussens Führung war frei.

Noch kurz vor Ausbruch des Krieges, am 10. Juni, hatte Preussen den deutschen Regierungen, Oesterreich natürlich ausgenommen, in einer Zirkulardepesche „Grundzüge einer neuen Bundesverfassung“ mitgeteilt und ihnen den Vorschlag gemacht, bei eventueller Lösung des bisherigen Bundesverhältnisses auf Basis dieser Grundzüge

[1]) Es sei dann auch gestattet, die einzelnen Theorien mit dem Namen ihres Hauptvertreters zu kennzeichnen.

[1]) Laband, Staatsrecht, §§ 1 u 2; Schulze, Staatsrecht §§ 68 ff; Meyer-Anschütz § 61.

einen neuen Bund zu errichten. Am 18. August kam dann auch zu Berlin zwischen Preussen und 15 deutschen Staaten ein Schutz- und Trutzbündnis[2]) zu Stande, dem in den nächsten Monaten die übrigen 6 norddeutschen Staaten beitraten. Die Dauer dieses Bündnisses war in Art. 6 bis zum Abschlusse des neuen Bundesverhältnisses, eventuell auf 1 Jahr, festgesetzt. Ueber das Zustandekommen dieses Bundesverhältnisses enthielten die Art. 2 und 5 nähere Bestimmungen. Nach Art. 2 sollten „die Zwecke des Bündnisses definitiv durch eine Bundesverfassung auf Basis der preussischen Grundzüge vom 10. Juni 1866 sichergestellt werden, unter Mitwirkung eines gemeinschaftlich zu berufenden Parlamentes." Art. 5 schrieb vor, dass die verbündeten Regierungen die Wahlen der Abgeordneten zu diesem Parlamente „auf Grund des Reichswahlgesetzes vom 12. April 1849" vornehmen lassen und das Parlament gemeinschaftlich einberufen sollten. Zugleich verpflichteten sich die Regierungen, Bevollmächtigte nach Berlin zu entsenden, um nach Massgabe der „preussischen Grundzüge" den Verfassungsentwurf festzustellen, der dem Parlamente zur Beratung und Vereinbarung vorgelegt werden sollte. Nachdem im Art. 4 des Prager Friedensvertrages vom 23. August 1866[3]) Oesterreich seine „Zustimmung" zu einer neuen Gestaltung Deutschlands ohne Beteiligung des österreichischen Kaiserstaates gegeben und auch versprochen hatte, das „engere Bundesverhältnis anzuerkennen, das Preussen nördlich des Mains begründen würde", waren alle äusseren Hindernisse der Erfüllung des Augustbündnisses beseitigt.

In der vorgeschriebenen Weise führten die Regierungen ihre Pflichten aus Art. 5 aus: sie legten ihren Landtagen Wahlgesetze in engster Anlehnung an das Reichswahlgesetz vor. Das preussische Abgeordnetenhaus aber stellte an die Spitze des preussischen Wahlgesetzes[4]) noch einen Paragraphen des Inhaltes, dass nur „zur Beratung der Verfassung" ein Reichstag gewählt werden

[2]) Binding, Staatsgrundgesetze, Heft 1. S. 73 ff.
[3]) Glaser, Archiv d. Nordd. Bundes, Heft 1 S. 36.
[4]) Glaser a. a. O. Heft 1 S. 80.

solle, und die meisten Landtage folgten diesem Beispiele. Sodann entsandten die Regierungen Bevollmächtigte nach Berlin, die dort vom 15. Dezember 1866 an in vertraulichen Verhandlungen die Verfassungsvorlage an den Reichstag feststellten.

Am 12. Februar 1867 fanden die Reichstagswahlen statt, und am 24. Februar eröffnete König Wilhelm in Berlin den „Reichstag des Norddeutschen Bundes", der auch vielfach als „Konstituierender Reichstag" bezeichnet wurde. Am 16. April hatte der Reichstag die Beratung des Verfassungsentwurfes vollendet und nahm ihn mit gewaltiger Majorität in der veränderten Gestalt an, die er ihm in seinen Beratungen gegeben hatte.[5])

Noch am gleichen Tage beschlossen die Regierungsvertreter einstimmig, „den Verfassungsentwurf, wie er aus der Schlussberatung des Reichstages hervorgegangen ist, anzunehmen"; das Protokoll dieser Sitzung teilte am folgenden Tage, dem 17. April, Graf Bismarck dem Reichstage mit.[6])

Der vereinbarte Verfassungsentwurf wurde von allen Regierungen ihren Landtagen zur Genehmigung vorgelegt und erhielt diese auch überall in den Formen, die die Landesverfassungen für ihre Abänderungen vorschrieben. In allen Staaten wurde in der Zeit vom 21. bis 27. Juni die Bundesverfassung in der für Gesetzespublikationen vorgeschriebenen Form verkündigt. Sämtliche Publikationspatente setzten übereinstimmend als Termin des Inkrafttretens der Bundesverfassung den 1. Juli 1867 fest. Am 26. Juli erschien die erste Nummer des Bundesgesetzblattes mit einem „Publikandum" König Wilhelms, in welchem er im Namen des Norddeutschen Bundes kundtut, dass die Bundesverfassung unter dem 25. Juni[7]) verkündet worden ist und am 1. Juli Gesetzeskraft erlangt hat, und zugleich erklärt, die durch die Verfassung ihm übertragenen Rechte, Befugnisse und Pflichten zu übernehmen.

---

[5]) Sten. Ber. d. Verhandlg. d. konstituierenden Reichstags S. 728.

[6]) Sten. Ber. Verhandl. des Reichtsags S. 731 ff

[7]) Gemeint sind die einzelstaatlichen Publikationspatente; das angegebene Datum ist also ungenau.

An diesen Gründungsvorgang knüpfen die verschiedenen Theorien über die rechtliche Natur der Gründung an.

§ 3.
Die rechtliche Natur des Norddeutschen Bundes.

Bevor man sich klarmacht, welche Vorgänge als die eigentlichen Gründungsakte zu bezeichnen, und wie diese Vorgänge juristisch zu beurteilen sind, muss man untersuchen, als was das Gründungsobjekt, der Norddeutsche Bund, sich eigentlich darstellt, welches seine juristische Natur ist. Denn diese ergibt sich nicht sowohl aus den Gründungsvorgängen, als aus anderen Umständen, wie namentlich der Betrachtung der Verfassung, der Organisation des Bundes.

Nun ist ja allerdings von Seydel gerade die juristische Auslegung des Gründungsherganges für die Aufstellung seiner Staatenbundtheorie verwertet worden, aber auch er ist dabei wohl von seiner Staatenbundtheorie ausgegangen und hat die Gründungsvorgänge dieser entsprechend ausgelegt. Dies Verfahren scheint auch das einzig logische. Von dem Vorhandenen muss man ausgehen, wenn man dessen Entstehung beurteilen will.

An dieser Stelle aber die Frage nach der rechtlichen Natur des Norddeutschen Bundes zu erörtern, würde zu weit führen. Hiesse das doch in dem Streite über das Wesen des Staates und der Staatenverbindungen, insbesondere über die Natur des Bundesstaates, Stellung nehmen! Da heute die Juristen fast einstimmig den Norddeutschen Bund als einen Bundesstaat ansehen,[1]) da die Seydelsche Theorie heute keine nennenswerten Anhänger mehr hat, so darf hier wohl von der Voraussetzung ausgegangen werden, dass der Norddeutsche Bund ein Bundesstaat ist [2]) Der Begriff des Bundesstaates ist ja allerdings keineswegs ein feststehender, besonders über die Frage der Souveränität der Gliedstaaten gehen die Ansichten weit ausein-

[1]) vgl. insb. Meyer, a. a. O. S. 201 Anm. 2a.

[2]) Die Richtigkeit dieser Voraussetzung wird dann später bei der Besprechung der Seydelschen Theorie zu beweisen sein.

ander. Aber was für das vorliegende Thema das wichtigste ist, wird ziemlich allgemein anerkannt, dass nämlich der Bundesstaat selbst ein souveräner Staat ist, der, wie die herrschende Meinung noch weiter lehrt, „aus einer Mehrheit von Staaten zusammengesetzt ist, die an der Bildung seines Willens verfassungsmässig beteiligt sind.“[3])

Der Bundesstaat ist also ein Staat. Ein solcher ist nun kein blosses Rechtsinstitut, er ist nach Gierkes treffender Definition[4]) „das höchste und umfassendste unter den sinnlich nicht wahrnehmbaren und doch mit geistigen Mitteln als wirklich erkennbaren Gemeinwesen.“ Dem Rechte ist der Staat Rechtssubjekt, er ist Person; er stellt die wichtigste öffentlich-rechtliche Körperschaft dar. Bei der Frage nach der Gründung des Norddeutschen Bundes handelt es sich also um die Frage, wie überhaupt ein Staat entstehen kann, wie dieser Staat im besonderen entstanden ist.

Erster Abschnitt:

Die Theorien, die eine juristische Konstruktion der Entstehung des Norddeutschen Bundes geben wollen. (Rechtstheorien).

I. Theorien, welche die Entstehung in einem staatsrechtlichen Akte finden.

§ 4. Die Theorie Gierke.

I. Unter den verschiedenen Theorien über die Entstehung des Norddeutschen Bundes fallen sofort zwei grosse Gegensätze auf:

Während die einen Schriftsteller den Gründungshergang für juristisch konstruierbar halten, leugnen die andern diese Möglichkeit. Was ist nun in diesem Sinne unter juristischer Konstruktion des Gründungsherganges zu verstehen?

---

[3]) So Anschütz, i. Enzykl. S. 463/64; Laband, S. 56 a. a. O.

[4]) in Zeitschr. 30, 175.

Wie bei der Theorie Jellinek noch zu zeigen sein wird, handelt es sich darum, ob die Entstehung des Bundes die Rechtsfolge einer Rechtshandlung ist, mit anderen Worten, ob die Entstehung einen Rechtsgrund hat. Dabei ist unter Rechtsgrund ein Inbegriff von Tatsachen, ein Tatbestand, zu verstehen, an den eine Rechtsordnung rechtliche Folgen (hier also die Entstehung des Bundes) knüpft.[1]) Von solchen Rechtsordnungen kommen nur zwei Arten in Betracht: eine staatliche, ein Staatsrecht, und die zwischenstaatliche, das Völkerrecht.

Als Theorien, die ein Staatsrecht für die entscheidende Rechtsordnung halten, sind die von Gierke, Arndt und Coenders aufgestellten anzusehen. Mit ersterer sei begonnen.

II. Gierke hat seine Theorie am ausführlichsten bei Besprechung des Laband'schen Staatsrechts in Schmollers Jahrb. Bd. 7 (S. 1153—55) entwickelt. Er hält dort den Entstehungsvorgang eines Staates für einen „Lebensvorgang, dessen juristischer Inhalt in der Setzung einer Gesamtpersönlichkeit besteht." Dieser Lebensvorgang sei kein Rechtsgeschäft, denn so nennt Gierke nur solche Willenserklärungen, die ein Rechtsverhältnis, nicht solche, die ein Rechtssubjekt erzeugen.[1a]) Insbesondere sei dieser Vorgang kein Vertrag. Wenn Verträge hier eine Rolle spielen, so nur, wie er sich zutreffend ausdrückt, als „pacta de constituendo."[2])

Der Entstehungsakt ist ihm also ein „Rechtsvorgang", wie er häufig hervorhebt.[3]) Diesen Rechtsvorgang bezeichnet er als „sozialrechtlichen Konstitutivakt, dessen Wesen nicht Willensbindung, sondern Willensorganisation sei."[4]) Ja, er nennt ihn auch schon in seiner Genossen-

---

[1a]) in Folgendem wird, soweit nicht ausdrücklich anderes bemerkt ist, „Rechtsgrund" immer in diesem Sinne gebraucht.

[1]) So im Privatrecht S. 283 Anm. 2.

[2]) in Genossenschaftstheorie S. 130.

[3]) So in Zeitschrift S. 81/82, 322; Gen. Theor. S. 24. Daher ist es nicht zu billigen, wenn Gierke von manchen Schriftstellern für Jellineks Theorie, wenn auch nur teilweise, in Anspruch genommen wird (so z. B. von Jellinek selbst, Staatslehre S. 267).

[4]) Zeitschrift S. 322; Privatrecht S. 486.

schaftstheorie S. 133 einen „einseitigen Gesamtakt.“[5]) Dieser schöpferische Akt, diese „freie Willenstat“[6]) setze sich aus einer Reihe von Einzelhandlungen zusammen, bleibe jedoch eine erst mit dem Zustandekommen der Körperschaft vollendete, einheitliche Rechtshandlung, in der die Einzelhandlungen als unselbständige Bestandteile aufgehen.[7])

Als Schöpfungsakt des Bundes sieht Gierke mit Recht die gemeinsame Handlung der Einzelstaaten an. Er erkennt auch[8]), dass für das Entstehen des Bundes als staatsrechtliche Person noch ein objektiver Rechtssatz nötig sei, der ihn dafür erkläre, dass „an den Gesamtakt als Tatbestand ein objektives Recht die Rechtswirkung der Entstehung knüpfen müsse.“[9]) Wo findet nun aber Gierke diese Rechtsordnung? Das Völkerrecht lehnt er ab, da es sich um das staatsrechtliche Existentwerden handele. Der Rechtssatz könne ferner weder dem bisherigen Rechte entspringen, noch „auf dessen Boden durch die einzelstaatliche Gesetzgebung geschaffen werden.“ Denn der Staat könne „den Fundamentalsatz seines Staatsrechts nicht aus einer ausser ihm gelegenen Rechtsordnung empfangen.“ Gierke hilft sich durch eine Fiktion! „Die Einzelstaaten hätten in dem Augenblicke, in dem sie sich für Glieder erklärten, auch schon als Glieder gehandelt.“[10]) Sie hätten den Gründungsakt als „primäres Organ des neuen Gesamtstaates“ vollzogen. Der entscheidende Rechtssatz „sei mit der Geburt des Gesamtstaates entstanden.“ „Dieser habe aus eigener Machtvollkommenheit sich selbst als höchste Gesamtperson deklariert, seiner Verfassung erst seinerseits Gesetzeskraft beigelegt. Dies habe dann auch in dem Publikandum seinen adäquaten Ausdruck gefunden.“ Dieses sei die „Kundmachung einer

---

[5]) Längst vor Kuntze also hat Gierke diesen konstitutiven Vorgang als „Gesamtakt“ bezeichnet und sein Wesen mit den eben angeführten Worten treffend charakterisiert! vgl. auch unten § 7.

[6]) Rektoratsrede S. 28/29.

[7]) Privatrecht S. 486.

[8]) in Schmoller S. 1153 ff.

[9]) So ähnl. in Privatrecht S. 483.

[10]) ähnl. auch in Gen. Theor. S. 136.

vom Bunde als solchen vollzogenen Sanktion."[11]) Was bedeutet dies nun? Nichts anderes, als dass der Rechtswille des neuen Staates an den Gesamtakt der Einzelstaaten als Tatbestand die Rechtswirkung seiner eigenen Entstehung geknüpft habe, als dass der entscheidende Rechtssatz dem Rechte des neuen Staates entstamme.

Dass dies ein Widerspruch in sich ist, bedarf keiner Darlegung.[12]) Die Rechtsordnung eines Staates ist frühestens mit dem Augenblicke seiner Entstehung vorhanden, der Schöpfungsakt des Staates selbst kann nicht bereits unter ihren Auspizien stehen. —

In vielen Beziehungen grosse Aehnlichkeit mit Gierkes Theorie scheint die Ansicht Rosins aufzuweisen, die er aber nur einmal ganz nebenbei skizziert hat.[13])

§ 5. Die Theorie Arndt.

Arndt[1]) sieht als Rechtsgrund der Entstehung der Bundesverfassung und des Bundes das Staatsrecht der Einzelstaaten an. Weil er, genau wie Seydel die Verbindlichkeit der Verfassung auf übereinstimmendes Landesgesetz basiert, so wird er in der Literatur meist mit diesem Schriftsteller zusammen behandelt. Es besteht zwischen ihnen aber ein durchgreifender Unterschied: Seydel sieht die Entstehung des Norddeutschen Bundes als Rechtsfolge eines völkerrechtlichen Vertrages an,[2]) Arndt als Rechtsfolge der Landesgesetze. Seydel glaubt durch diesen Vertrag einen Staatenbund entstanden, Arndt einen Bundesstaat, ein neues Rechtssubjekt. Von Seydels Standpunkt aus mag es konsequent sein,[3]) die Verbindlichkeit der Bundesverfassung auf übereinstimmende Landesgesetze zurückzuführen, von Arndts Standpunkt aus aber ist es unlogisch.

---

[11]) Letztere Ansicht hat grosse Aehnlichkeit mit der Auffassung Hänels, vgl. unten § 9.

[12]) Aehnlich die Ausführungen Labands a. a. O. S. 31/32.

[13]) in Annalen 1883 S. 303.

[1]) Staatsrecht S. 30 ff., ebenso in Reichsverfassung S. 41 ff.

[2]) vgl. unten § 6.

[3]) Dies wird im § 6 zu behandeln sein.

Arndt[4]) versichert, dass „das staatsrechtliche Wollen der deutschen Herrscher“ bei Erlass der Bundesverfassung als Landesgesetze „Zeugungskraft besessen“ und einen „neuen lebendigen Staatsorganismus mit eigenem, von dem der Schöpfer unabhängigem Willen geschaffen habe.“ Für Herrscher ist hier wohl besser „Staaten“ zu setzen. Also die 22 Staatsrechte der Einzelstaaten haben nach Arndt die Schaffung des Bundes bewirkt! Wie ist das aber denkbar! Das Staatsrecht bindet doch nur den einzelnen Staat, nur seine Untertanen. Durch sein „staatsrechtliches Wollen,“ ausgedrückt durch ein Gesetz, kann der Staat doch nur über sich, nicht aber über die anderen Staaten, nicht über den Bund verfügen! Wie kann die einzelne Staatsgewalt ein Rechtssubjekt schaffen, das auch 21 anderen Staaten übergeordnet sein soll?

Gewiss kann ein Staat Hoheitsrechte mittels eines Gesetzes aufgeben, genau wie der absolute Herrscher durch Oktroyierung einer konstitutionellen Verfassung solche aufgibt. Und in beiden Fällen kann diese Aufgabe gleich unwiderruflich sein, aber dies Beispiel Arndts ist unzutreffend. Schafft denn der Herrscher durch diese Aufgabe zugleich ein neues Rechtssubjekt, dem er die Hoheitsrechte überträgt? Nein, auf das Staatsrecht der Einzelstaaten lässt sich die Entstehung des Bundes selbst unmöglich zurückführen.

Und was nun die Verfassung anlangt, wie können ihre Bestimmungen als Ganzes, wie Arndt[5]), noch weitergehend als Seydel (vgl. unten § 6), will, materielles Gesetz der Einzelstaaten geworden sein? Diese Bestimmungen sind doch nicht geeignet, verbindliche Normen für die Untertanen der einzelnen Staaten zu sein, sie finden keinen Platz im Landesrechte, sie sind nur als Staatsgrundgesetz eines Bundesstaates denkbar. Gegen Arndt treffen die schweren Bedenken, die Haenel[6]) gegen Seydels Lehre, die Verbindlichkeit der Bundesverfassung beruhe auf übereinstimmendem Landesgesetze, erhoben

[4]) Staatsrecht S. 31.

[5]) a. a. O. S. 30.

[6]) Studien, S. 53 ff; Staatsrecht S. 29.

hat, zu, und zwar in viel höherem Masse als gegen Seydel selbst.[7])

Wenn Arndt gegen Haenel meint, die Bundesverfassung könne sehr wohl materielles Gesetz der Einzelstaaten sein, da sie fast durchweg auch Angelegenheiten der Einzelstaaten regele, indem alle ihre Vorschriften auch die Stellung dieser angingen, so entspricht das nicht den Tatsachen. Die Bundesverfassung regelt nirgends preussische, sächsische etc. Angelegenheiten, sondern sie ordnet die Angelegenheiten des Norddeutschen Bundes und der Einzelstaaten als Glieder desselben. Und wie sich dann die Landesgesetze in Bundesgesetz umwandeln können, zeigt Arndt nicht Die Landesgesetze können kein höheres Gesetz werden, sie bleiben stets Landesgesetze.

Zu ganz unhaltbaren Konstruktionen gelangt auch Coenders bei seinem Versuche, das Staatsrecht der Einzelstaaten als für die Entstehung des Norddeutschen Bundes entscheidende Rechtsordnung hinzustellen.

Er erkennt zwar richtig,[8]) dass ein einzelner Staat nicht den ganzen Normenkomplex der Bundesverfassung zum Inhalte eines Gesetzes machen konnte, behauptet aber, dass „jedes einzelnen Staates Wille nur den ideellen Teil des ganzen Normensystems betraf, dass jeder Gesetzgeber die in der Verfassung formulierten Normen nur soweit zum Gesetze erhob, als sie ihn angingen, als sie in seinem Herrschaftsgebiet gelten mussten, damit das Ganze werde.“ Entstehen, so führt er aus, in einem bestimmten Augenblicke alle Teile des Normensystems, so ist aus ihnen zugleich das Ganze entstanden.

Gegen diese Ausführungen nahm bereits Laband[9]) scharf Stellung. Die Behauptung Coenders, dass ein Gesetz nach ideellen Bruchteilen eingeführt werden könne, und dass von ein- und demselben Gesetz in den einzelnen Staaten verschiedene ideelle Quoten gelten sollten, bezeichnet er treffend als einen Auswuchs juristischer Konstruktion.

---

[7]) vgl. unten § 6.

[8]) in Ztschr. für Völker- u. Bundesstaatsrecht Bd. 3 S. 308 ff.

[9]) in Oeffentl. Recht der Gegenwart Bd. 1 S. 7 Anm. 1.

Sodann fehlt doch offenbar für einen Willen der Gliedstaaten, nur ideelle Bruchteile der Verfassung zum Gesetze zu erheben, jede tatsächliche Grundlage. Die Publikationspatente sprechen ganz deutlich aus, dass diese Verfassung, nicht aber ein Bruchteil von ihr, am 1. Juli in Kraft treten soll.

Die Verfassung greift zwar in das Landesrecht der Gliedstaaten ein, sie bedeutet aber eine Organisation der Gesamtheit. Nicht nur ein Bruchteil der Verfassung „ging den Einzelstaat an," sondern die gesamte Verfassung ging den einzelnen Staat als Glied des zu gründenden Gesamtstaates an.

Und wie die Summe der nur ideelle Bruchteile der Verfassung in Geltung setzenden Einzelstaatsgesetze dann die norddeutsche Bundesverfassung ergeben soll, legt Coenders nicht dar, vermag er auch nicht darzulegen.

Schliesslich muss Coenders mit seiner Auffassung zu dar Consequenz gelangen, dass jeder Bruchteil der Verfassung auch wieder durch Landesgesetz ausser Kraft gesetzt werden könne. Er vermeidet, wie auch schon Laband hervorhebt, diese Folge seiner Konstruktion keineswegs, indem er einfach die Behauptung aufstellt,[10]) dass die Bundesverfassung eben eine Ausnahme mache.

Also auch Arndt und Coenders geben keine befriedigende Lösung der Frage nach der Entstehung des Bundes. Als für die Entstehung entscheidende Rechtsordnung lässt sich nach dem Ausgeführten das Recht eines Staates nicht ansehen. Wie steht es nun in dieser Hinsicht mit dem Völkerrecht?

II. Theorien, welche den Rechtsgrund der Entstehung in einem völkerrechtlichen Akte finden.

§ 6. Die Theorie Seydel.

I. Unter den Theorien, die die Entstehung des Norddeutschen Bundes dem Völkerrecht zuschreiben, sei

[10]) a. a. O. S. 317.

zuerst diejenige dargelegt, die zwar in ihren Einzelheiten fast durchweg sehr logisch durchgeführt ist, aber von einer falschen Prämisse ausgehend, zu unhaltbaren Ergebnissen führt, die Theorie des grossen Münchener Rechtslehrers Seydel.

Seydel geht, wie erwähnt, davon aus, dass der Norddeutsche Bund nur ein Staatenbund, also ein „Gesellschaftsverhältnis“[1]) der Einzelstaaten, mithin kein Staat sei. Er verlangt[2]) für den Staatsbegriff Souveränität, d. h höchste ungebundene Willensmacht. Teilung der Souveränität sei begrifflich unmöglich, und da die Bundesstaatstheorie dem Bundesstaate wie den Gliedstaaten Staatseigenschaft beilege, so sei der ganze Begriff des Bundesstaates unmöglich. Er sei völlig zu verwerfen! Sei der Bund Staat, so läge ein Einheitsstaat vor, seien es die Einzelstaaten, so handele es sich um einen Staatenbund, d. h. eine dauernde Vereinigung von Staaten zum Zwecke gemeinsamer Ausübung einzelner Hoheitsrechte. Da nun die Bundesverfassung die Staatsqualität der Einzelstaaten ausdrücklich anerkenne, so sei der Bund ein Staatenbund. Und zwar bezeichnet ihn Seydel,[3]) da es sich bei ihm nicht zum geringsten Teile auch um Ausübung staatsrechtlicher Hoheitsrechte handele, als „staatsrechtlichen Staatenbund.“ Zu diesem Resultate dränge, so meint er, auch der Gründungshergang des Bundes:[4])

II. Das Augustbündnis sei ein pactum de contrahendo gewesen: am 17. April hätten dann die Staaten den vorgesehenen Bundesvertrag abgeschlossen für den Fall, dass ihre Landtage ihre Genehmigung erteilten. Dieser Vertrag (nicht aber, wie Zorn, Staatsrecht S. 20/21 in seiner daher nicht stichhaltigen Polemik gegen Seydels Ausführung meint, das „Augustbündnis“) wäre „auf Begründung immerwährender Verpflichtungen gegangen“, und bestände daher, solange der Bund bestehe. Am 1. Juli habe dies vertragsmässige Verhältnis begonnen. Die Ver-

[1]) Studien S. 76

[2]) Kommentar S. 3 ff.

[3]) Studien S. 79 ff.

[4]) Darstellung in Kommentar S. 15 ff.

fassung aber sei als gleichmässiges Landesgesetz aller verbündeten Staaten in Kraft getreten. Auf gleichmässigem Landesgesetze beruhe ihre Verbindlichkeit.

Gegen das letzte Argument Seydels vor allem wenden sich seine Gegner nach dem Vorbilde Haenels,[5]) aber, wie es scheint, nicht mit völlig durchschlagender Begründung. Haenel (a. a. O.) führt aus, dass der Inhalt der Verfassung einen „für ein Landesgesetz ganz unmöglichen Inhalt" habe. „Ein bayrisches Gesetz beispielsweise könne nicht anordnen, dass die Hansestädte Freihäfen bildeten"

Aber dieser Schwierigkeit begegnet Seydel[6]) schon selbst: die Verfassung sei teilweise nur Landesgesetz in formellem Sinne geworden. Er beruft sich auf den Unterschied von Gesetz in formellem und in materiellem Sinne.[7]) Der Staat nähme nicht nur rechtssetzende Willensakte in Gesetzesform vor, sondern auch alle anderen, bei denen er der Zustimmung der gesetzgebenden Faktoren bedürfe. Daher sei für jeden Bundesvertrag, der in das staatliche Recht eingreife, Gesetzesform erforderlich. Die Bundesverfassung sei also überall ganz Vertrag und Gesetz in formellem Sinne, dagegen Gesetz in materiellem Sinne sei sie in jedem Staate nur soweit geworden, als es ihr Inhalt gestatte.

An diesem Punkte allerdings erheben sich schon gegen Seydels Darstellung schwere Bedenken. Denn nach ihr müsste dann ein Teil ebenderselben Verfassung materielles, ein Teil nur formelles Gesetz sein, und in jedem Staate müsste noch dazu ein anderer Teil materielles Gesetz geworden sein! Ferner wendet Rosenberg[8]) mit Recht dagegen ein, dass die Einzelstaaten zwar ihren eigenen Staatsverträgen formelle Gesetzeskraft hätten beilegen können, nicht aber zwischen fremden Staaten abgeschlossenen Verträgen, es aber in der Reichsverfassung, (auf die sich Seydels Theorie in gleicher Weise bezieht

[5]) Studien S. 53 ff; Staatsrecht S. 29; zustimmend viele Schriftsteller, wie Laband a. a. O. S. 25, Zorn a. a. O. S. 27 ff.

[6]) Studien, S. 81 ff; Kommentar S. 16.

[7]) vgl. über die ähnliche, aber besser durchgeführte Argumentation Labands unten § 10.

[8]) in Archiv 14, 333 ff.

wie auf die Bundesverfassung) Bestimmungen gäbe, die sich nur auf die Rechtsbeziehungen zwischen einzelnen Gliedstaaten bezögen. So könnten z. B. Bayern und Württemberg nicht die Artt. 48—51, ersteres auch nicht die Artt. 42—46 I RV. mit formeller Gesetzeskraft ausgestattet haben, da diese nach Art. 52 I und 46 II für jene Staaten gar keine Geltung hätten!

III. Seydel argumentiert nun weiter[9]), dass die Verkündigung der Verfassung durch die Landesgesetze keine Aufgabe der Souveränität der Einzelstaaten, keine Begründung eines neuen Staates bedeute. Dies ist, wie man sieht, der Angelpunkt der Seydel'schen Theorie. Diese ist nur aufgestellt, um den Gründungshergang eines Staatenbundes juristisch zu analysieren.

Seydel beruft sich für die erwähnte Auffassung auf die äussere und innere Gestaltung der Verfassung, nämlich ihren Eingang und ihren Inhalt.

Schon der Eingang der Verfassung scheine seine Ansicht zu bestätigen. Er spreche davon, dass die Fürsten „einen ewigen Bund schliessen". Die vielfach aufgestellte Behauptung, diese Worte gehörten juristisch nicht zur Verfassung, sei verfehlt; „wenn man den Eingang wegschneide, sei die Verfassung buchstäblich geköpft". Dies beweise auch die Ueberschrift des Eingangs „Verfassung des Norddeutschen Bundes". Ganz davon abgesehen, dass dies ein rein äusserliches und formelles Argument ist, scheint es Seydel damit auch garnicht ernst zu sein.[10]) Denn nur wenige Seiten weiter[11]) sagt er, um einen anderen Teil seiner Theorie zu stützen, gerade das Gegenteil: Der Eingang gehöre keineswegs zur Verfassung (und unterliege daher nicht den Bestimmungen des Art. 78). Und dieses Mal stützt er seine Behauptung auf die Unterschrift des Eingangs („wird nachstehende Verfassung haben").

---

[9]) Kommentar S. 19 ff.

[10]) Daher braucht auf dies Argument Seydels hier garnicht näher eingegangen zu werden, zumal bei der Darstellung der der Meyerschen Theorie noch darauf zurückzukommen sein wird.

[11]) a. a. O. S. 27/28.

Auch der Inhalt der Verfassung spricht nach Seydel nicht für die Absicht einer Staatsgründung. Die Verfassung zeige vielmehr deutlich, dass sie nichts als Vertrag zwischen souveränen Staaten sein „wolle". „Nirgends sei von einer confusio der Einzelsouveränitäten in eine einzige die Rede, sondern nur von der Uebertragung einzelner Rechte an die Gesamtheit. Innerhalb jedes Staates wirke die Bundesgewalt nur als Landesgewalt, die Bundesgesetzgebung nur als Landesgesetzgebung, da beide ihre Kraft nicht aus sich selbst, sondern nur aus der Bundesverfassung schöpften, die lediglich als Landesgesetz verkündet worden sei."

Stimmt dies nun, lässt sich die Behauptung, dass der Bund nur Staatenbund, die Verfassung nur Vertrag sei, auf die Bestimmungen der letzteren, also auf die Organisation des Bundes stützen? Seydel führt für seine Theorie zunächst den rein äusserlichen Umstand an, dass die Verfassung häufig das Wort „gemeinschaftlich" gebraucht, (Artt. 36, 37, 49, 70, 71). Aber dieser Ausdruck lässt sich auch mit der Bundesstaatstheorie vereinen, zumal die Verfassung auch Worte, die mehr für den korporativen Charakter des Bundes sprechen, wie „einheitliche" (Artt. 48, 53, 54) und „gesamt" (Art. 63) gebraucht.[12]) Und der Ausdruck „verpflichten sich" in Art. 42 stellt in seiner Vereinzeltheit lediglich eine sprachliche Entgleisung dar. Wenn sich Seydel unter anderem auf Art. 10 beruft, vermutlich auf die Gewährung „diplomatischen Schutzes" an die Mitglieder des Bundesrats, so ist das hinfällig, da dies nur eine Exemplifikation sein, nur einen Massstab von Rechten und Pflichten bezeichnen soll.[13]) Man gehe nun aber einmal die Bestimmungen der Verfassung durch!

Nach Art. 2 übt der Bund das Recht der Gesetzgebung „innerhalb des Bundesgebietes" aus. „Die Bundesgesetze gehen den Landesgesetzen vor und erhalten verbindliche Kraft durch Verkündigung von Bundes wegen". Wenn Seydel dazu ausführt, die Bundesgesetz-

---

[12]) So Rehm, Staatslehre, S. 129.

[13]) Im übrigen darf man auch nicht übersehen, dass zwischen den Gliedstaaten eines Bundesstaates noch subsidiär völkerrechtliche Beziehungen bestehen!

gebung schaffe kein gemeines, sondern nur gemeinsames Recht, der Bund hätte die Gesetzgebung nicht, sondern übte sie nur aus, so ist das eine recht formalistische Auslegung. Demgegenüber sei festgestellt, dass Artt. 4 und 5 von der „Gesetzgebung des Bundes" sprechen und Art. 5 weiter bestimmt, dass diese durch Bundesrat und Reichstag „ausgeübt" werde. Mit Seydels Ansicht ist namentlich der Vorrang der Bundesgesetze nicht zu vereinen. Seydel meint, die Bundesgesetze gingen nur deshalb vor, weil die Landesstaatsrechte (nämlich die Verfassung als Bestandteil derselben) es bestimmten. Dann ist aber trotz Art. 78 die Konsequenz nicht zu vermeiden, dass das Landesrecht diese seine Bestimmung abändert oder für den Einzelfall aufhebt. Denn diese Verletzung der Bundesverfassung wäre nach Seydel nur Bruch eines völkerrechtlichen Vertrages. Geht dies aber nicht, so ist eben das Reichsgesetz der höhere Wille, das Gesetz einer höheren Macht.

Art. 3 regelt das gemeinsame Indigenat. Wie will Seydel aber mit seiner Theorie vereinen, dass es heute „Reichsangehörige" gibt, die nicht Staatsangehörige eines Einzelstaates sind?![14]) Wie passt ferner zu seiner Theorie, dass der Bund die „Aufsicht" in den wichtigen im Art. 4 geregelten Materien hat? Solche Beaufsichtigung in öffentlichrechtlichen Dingen (man vergleiche auch Artt. 17 und 36) spricht doch bedeutend mehr für eine Ueberordnung des Bundes als für ein vertragsmässiges Verhältnis koordinierter Staaten [15])

Wie passen die Institute des Reichstages und des Bundesrats in einen Staatenbund? Dass die Reichstagsmitglieder nach Art. 29 Vertreter des gesamten Volkes sind, ist mit Seydels Auffassung absolut nicht zu vereinen. Und eine solche Willensbindung für die Zukunft, wie sie Seydel in der vertragsmässigen Anerkennung aller künftigen Mehrheitsbeschlüsse der Regierungen im Bundesrate statuiert, entspricht ebensowenig der Souveränität, die er

[14]) So sicherlich in den Schutzgebieten seit Gesetz vom 15. März 1888. (Bornhak, in Archiv, 7 S. 350).

[15]) So auch Rehm, a. a. O. S. 136.

den Staaten beilegt, wie eine vertragsmässige Unterwerfung unter eine künftige Bundesexekution (Art. 19).

Mit der Staatenbundtheorie vertragen sich auch nicht die weitgehenden Rechte des Präsidiums, so insbesondere das Recht über Krieg und Frieden (Art. 11), welches nach der herrschenden Ansicht sogar das Recht in sich birgt, bei Friedensschlüssen Bundesgebiet ohne Zustimmung des betroffenen Staates abzutreten. Sollte ferner der Reichsfiskus, der doch zweifellos selbständige juristische Persönlichkeit besitzt, bloss gemeinschaftlicher Staatsfiskus, Reichsvermögen und Reichsschulden nur gemeinschaftliches Staatsvermögen, gemeinschaftliche Staatsschulden sein? Seydel scheint die Unhaltbarkeit dieser letzteren Folge seiner Theorie selbst erkannt zu haben. Denn er meint.[15a]) dass seine Auffassung des Reiches als Staatenbund die Möglichkeit eines Reichsfiskus offenlasse.

„Obwohl ein Bund staatsrechtlich eine Gesellschaft sei, so könne er sich doch für den Vermögensverkehr der „privatrechtlichen Fiktion" der juristischen Person bedienen." Dieser Ausweg ist aber höchst bedenklich. Nichts rechtfertigt die Annahme, dass das Reich zwar nicht in öffentlichrechtlicher, wohl aber in privatrechtlicher Beziehung Rechtspersönlichkeit besitze. Seydel verkennt, dass das Reich, mag es auf dem Boden des Privatrechts, mag es auf dem des öffentlichen Rechts handeln, stets ein und dieselbe Person ist.

Man könnte leicht noch viele Artikel der Verfassung gegen Seydels Ansicht verwerten, aber dies würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen. Nur auf einen Artikel sei noch hingewiesen, der mehr als alle anderen Seydel zu widerlegen scheint, auf Art. 78. Dieser gibt dem Bunde die sog. Kompetenzkompetenz, d. h. das Bestimmungsrecht über seine Zuständigkeit, welche auf Kosten der Einzelstaaten zu erweitern, in seinem freien Belieben steht. Spricht dies nicht im höchsten Masse dafür, dass der Bund volle Souveränität besitzt?

[15a]) a. a. O. S. 383.

Seydel sucht den Angriffen, die sich nicht zum kleinsten Teile auf Art. 78 stützen,[16]) dadurch zu entgegnen,[17]) dass er auch hier eine Bindung im voraus an spätere Mehrheitsbeschlüsse unterstellt. Aber dies ist unzutreffend. Art. 78 schreibt klar und deutlich für Verfassungsänderungen den Weg der „Bundesgesetzgebung" vor, nicht aber nur einen Majoritätsbeschluss der Staaten. Wenn allerdings Seydel gleich darauf selbst zugibt, die Auslegung, dass Art. 78 dem Bunde eine Herrschermacht über die Einzelstaaten einräume, mache deshalb keinen Eindruck auf ihn, weil er den Korporationscharakter des Bundes leugne, weil er die juristische Person lediglich für einen „Homunkulus des rechtswissenschaftlichen Laboratoriums" halte, so ist das wahrlich kein Einwand. Damit hat er schon anerkannt, dass seine materialistische Auffassung, die Auffassung der ganz extremen Fiktionstheorie, heute nur noch wenig Anhänger finden wird. Denn die „juristische Person" ist doch jetzt als „wirklich" existierend ebenso anerkannt wie jeder andere juristische Begriff! Selbst die, die ihr wirkliches „Leben" in Abrede stellen, geben doch zu, dass es nur darauf ankomme, ob etwas als Rechtsbegriff existiere.[18]) Was das Recht anerkennt, ist eben vorhanden; aber die Mehrzahl der Publizisten geht weiter. Ihr ist der Staat kein blosser Begriff, kein blosses Ideengebilde, er „ist", er existiert tatsächlich.

Man kann also auf Grund der Prüfung der Verfassung Seydel nicht beipflichten, dass der Norddeutsche Bund ein blosses vertragsmässiges Verhältnis der Einzelstaaten ist. Die Verfassung macht den Bund zum Träger eigener staatlicher Herrschaftsbefugnisse Die Einzelstaaten haben die auf den Bund übertragenen Hoheitsrechte nicht nur der Ausübung, sondern der Substanz nach verloren. Nicht ist der Bundeswille nur die Summe der Einzelstaatswillen. Denn nicht vermögen übereinstimmende Landesgesetze ein Reichsgesetz aufzuheben.[19]) Die

[16]) So Meyer, Erörterungen S. 6; Laband, a. a. O. S. 86, Haenel, Staatsrecht S. 221, 771 ff.

[17]) a. a. O. S. 20.

[18]) ähnlich z. B. Windscheid Lehrbuch S. 242 Anm. 3.

[19]) vgl. die Ausführungen von Bornhak in Archiv 7 S. 342.

Reichsgewalt beherrscht die Untertanen unmittelbar, ohne Vermittelung der Einzelstaatsgewalt. Der Norddeutsche Bund hat Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt, er ist „souveräner Staat." Seine Verfassung ist nicht bloss gemeinsames, sie ist gemeines Gesetz, sie kann nicht bloss Vertragsinstrument sein, sie „will" das „Staatsgrundgesetz" eines Bundesstaates sein, und ist es.

Seydel hat das Mittel ihrer Inkraftsetzung und die Natur der in Geltung getretenen Verfassung verwechselt.

IV. Aber wie steht es mit den gewichtigen Gewährsmännern, deren Autorität Seydel für seine Theorie in die Wageschale werfen zu können glaubt.

Er behauptet[20]) doch, dass sowohl die deutschen Regierungen als auch der Schmieder des Bundes und des Reiches, Fürst Bismarck, sich zu seiner Ansicht bekannt hätten. Er stützt sich dabei vor allem auf die preussische Erklärung vom 5. April 1884, der sich der Bundesrat einstimmig angeschlossen hat. Dabei beruft er sich aber wiederum auf Worte, die keineswegs eindeutig gebraucht sind. Es heisst in der Erklärung nicht, das Deutsche Reich sei ein Vertragsverhältnis, sondern es beruhe auf Verträgen und sei ein Bund. „Vertragsmässig" wird für „bundesmässig" gebraucht, was sich aus der Entstehung des Reiches wohl erklärt. Nicht aber soll damit der rechtliche Charakter des Reiches gekennzeichnet sein.[21])

Und was Bismarck anlangt, so gebraucht er den Ausdruck „Bundesstaat" zwar selten, aber sicherlich hat er das Reich für das gehalten, was man heute als Bundesstaat bezeichnet.[22]) Bismarck darf keineswegs einer Theorie zugezählt werden, welche die Einrichtungen des Reiches nur als gemeinschaftliche Einrichtungen der Einzelstaaten ansieht. Das bezeugt sein Wirken, das sagt eine seiner Reichstagsreden aus dem Jahre 1873 mit den charakteristischen Worten[23]): „Die nationale reichsmässige Entwickelung leidet darunter, wenn die einzelnen Länder

[20]) Kommentar S. 23.

[21]) übereinstimmend Rehm, Staatslehre S. 93 ff.

[22]) vgl. auch Anschütz, Bismarck S. 7 ff.

[23]) zitiert bei Anschütz a. a. O. S. 11.

und Landtage sich gewöhnen, die Reichseinrichtungen als ein Zugehör ihrer Partikulareinrichtungen zu betrachten."

Aber noch andere gewichtige Stimmen haben sich gegen Seydels Theorie ausgesprochen: Das Reichsgericht hat in einer Zivilentscheidung[24]) nachdrücklich den Bundesstaatscharakter des Reiches betont, es spricht von dem Deutschen Reiche als einem nach der Reichsverfassung „den einzelnen Bundesstaaten gegenüber selbständigen und ihnen übergeordneten Staatswesen."

Schliesslich haben sich auch die gesetzgebenden Faktoren des Reiches in diesem Sinne entschieden. Nicht würde der Minister eines Staates diesen zum Vertragsbruche anstiften, wenn er einen Abfall vom Reiche befürwortete, sondern er würde nach § 81 No. 3 StGB. Hochverrat begehen.

V. Und diese Auffassung aller praktisch massgebenden Kreise ist auch die einzig mögliche. Man bedenke doch nur die Konsequenzen jener Theorie! Ein vertragliches Verhältnis ohne Sezessionsrecht der einzelnen Staaten ist undenkbar. Seydel sträubt sich vergeblich gegen diese notwendige Folge seiner Lehre. Er sucht sie zu vermeiden, indem er sich in formalistischer Weise an den Ausdruck „ewiger Bund" des Eingangs der Bundesverfassung hält.[25]) Darin sei ausgedrückt, dass der Bundesvertrag seine einseitige Aufhebung ausschliesse. Nur bei Einstimmigkeit aller Bundesglieder könne er aufgehoben werden.

Dies ist doch aber offensichtlich ein Widerspruch. Denn entweder steht hier „ewig" für „unauflöslich", eine Bedeutung, die Seydel richtig zurückweist — denn wo gibt es unauflösliche Verträge? Wie könnten Menschen etwas auf alle Ewigkeit errichten wollen? — oder aber es bedeutet nur, wie auch Seydel anerkennt, „auf die Dauer angelegt." Man kann doch aber unmöglich aus dem einen Worte herauslesen, dass es zwar für den einzelnen Staat „unauflöslich", für die Summe der Staaten aber nur „dauerhaft" bedeute!

---

[24]) RG. 44 S. 380.

[25]) Kommentar S. 33.

Nein, nach den allgemeinen Rechtssätzen über Verträge gibt es bei Vertragsverletzung ein Rücktrittsrecht, ja, Staatsverträge gelten sogar stets als mit der clausula rebus sic stantibus geschlossen. Einen sicheren Bestand verbürgt also ein bloss völkerechtliches Vertragsverhältnis nie, das vermag nur ein Bundesstaat zu tun. Nicht hatten die deutschen Völker Lust, sich wieder mit einem „Deutschen Bunde" zu begnügen, die Ereignisse der Jahre 1866—67 schufen den Bundesstaat. Und nach allem Ausgeführten darf es nicht Wunder nehmen, dass, während früher Hiersemenzel[26]), Rehm[27]) und Treitschke[28]) noch die Seydelsche Ansicht befürworteten, sich die beiden letzteren bald von ihr abwandten[29]), und Seydel heute nur noch einen einzigen Epigonen, nämlich Grassmann[30]) hat.

VI. Fassen wir das Urteil über die Gründungstheorie Seydels kurz zusammen: Mit ihrer Prämisse fällt diese Theorie. Sie entspricht nicht den Tatsachen. Schon der Augustvertrag drückt die Absicht der Staatsgründung aus. Wie Haenel[31]) hervorhebt, unterscheidet er stets zwischen dem bestehenden „Bündnis" und dem zu errichtenden „Bunde". Der Vertrag vom 17. April kann nicht eine perpetua causa haben. Er bedeutet noch nicht die Erfüllung des Augustbündnisses. Ein obligatorischer Staatsvertrag — für solchen hält ihn doch Seydel — kann niemals ein Rechtssubjekt, wie es der Norddeutsche Bund ist, schaffen. Die Verbindlichkeit der Bundesverfassung als Verfassung eines Bundesstaates kann, wie schon ausgeführt ist, nicht auf übereinstimmenden Landesgesetzen beruhen. Diese gelten nur innerhalb jedes Einzelstaates, sie binden nur die Untertanen, aber nicht die Staaten.

---

[26]) Verfassung des Nordd. B 1867 Bd. 1 S. 34.

[27]) in Annalen 1885 S. 67.

[28]) in pr. Jahrb. 19, S. 723.

[29]) Treitschke in pr. Jahrb. 34 S. 535 ff und Rehm, Staatslehre S. 93 ff.

[30]) vgl. Vierteljahresschrift 40 S. 269 ff.

[31]) Studien S. 70.

§ 7. Die Theorie Meyer.

In ganz anderer Weise vertritt Georg Meyer[1]) die Ansicht, dass der Norddeutsche Bund durch völkerrechtlichen Vertrag entstanden sei. Er verkennt dessen Bundesstaatsnatur keineswegs.

Seine Theorie stützt Meyer vor allem auf die Entstehungsgeschichte des Bundes, sodann auch auf den Wortlaut der Bundesverfassung.

In den Augustverträgen hätten die Staaten die Verpflichtung zur Gründung übernommen, dabei aber über die Bundesverfassung „eine neue vertragsmässige Vereinbarung vorbehalten“ Diese Vereinbarung sieht er in den Verhandlungen der Regierungsvertreter. Denn der sog. konstituierende Reichstag hätte nur „beratende“, keine „vereinbarende“ Funktion gehabt, womit Meyer jedenfalls nur feststellen will, dass der Reichstag kein „verfassungsgebender“ Faktor war[2]) „Rechtliche Gültigkeit habe dann die Verfassung erst durch die Annahme in den Einzellandtagen erlangt.“ Meyer scheint demnach für den entscheidenden völkerrechtlichen Vertrag die Einigung der Regierungsvertreter am 16. April über die festgestellte Verfassung anzusehen.[3])

Für die Richtigkeit seiner Theorie sprächen auch die Worte des Einganges der Verfassung: „schliessen einen ewigen Bund.“ Die Verfassung träte damit in Form des Vertrages auf. „Auf völkerrechtlichem Vertrage beruhe auch die Verbindlichkeit der Verfassung; da aber nach der Absicht der Kontrahenten die Abänderung der Verfassung nur im Wege der Bundesgesetzgebung solle erfolgen können, so sei ihr damit trotz der vertragsmässigen Entstehung die Wirksamkeit eines Bundesgesetzes beigelegt worden.“ Ist nun diese Lösung völlig befriedigend?

Zuerst sei auf das zweite Beweismittel eingegangen, auf das wohl auch Meyer weniger Gewicht gelegt hat,

[1]) in seinen „Grundzügen“, „Erörterungen“ und Lehrbuch S. 175 ff.

[2]) Ueber die Frage der Funktion des Reichstages siehe unten § 13

[3]) vgl. Lehrbuch S. 175 Anm. 15.

dass nämlich die Verfassung in Vertragsform auftrete. Es ist ein alter Streit, ob der Eingang der Bundesverfassung lediglich enunciative, referierende, oder ob er dispositive Bedeutung habe. Meyer nimmt also letzteres an. Ausser ihm wird diese Ansicht noch von Bähr[4]), Brie[5]), Rehm[6]) und schliesslich, wie erwähnt, auch von Seydel vertreten. Auf entgegengesetztem Standpunkt steht die Mehrzahl der Schriftstelier, so Anschütz[7]), Beseler[8]), Haenel[9]), Laband[10]), v. Mohl[11]), Zorn[12]) u. a. m. Letzterer Standpunkt scheint in der Tat der richtige zu sein.

Bähr a. a. O. hält den Eingang für den „eigentlichen Bundesschluss", für die „Zweckbestimmung" des Bundes. Er enthalte „die Kompetenz, innerhalb deren sich die Bundesgesetzgebung bewegen dürfe, ohne eine neue Vereinbarung zu benötigen". Die Verfassung selbst sei also nur das „Ausführungsgesetz des Einganges." Dem ist aber entgegenzuhalten, dass die Auffassung, der Eingang sei noch immer Vertrag, mit dem Charakter des Bundesstaates im Widerspruch steht. Ein Vertrag, der neben, ja über dessen Grundgesetz steht, ist undenkbar.[13]) Der Eingang ist vielmehr lediglich eine „historische Notiz"[14]) er rekapituliert die bereits erledigten Verträge. Er enthält nur die Charakterisierung des Bundes zwecks Auslegung der Verfassung.[15]) Gegen die Bähr-Meyer'sche Ansicht spricht auch, dass der Eingang der Reichsverfassung die gleichen Worte enthält. Hielte dieser also auch den Vertrag aufrecht, so müssten die Kontrahenten desselben heute noch bestehen, was doch bei

---

[4]) pr. Jahrb. 28 S. 74 ff.
[5]) Staatenverbindungen S. 131 Anm. 5.
[6]) Unitarismus S. 36; anderes später in Staatslehre S. 136.
[7]) in Enzyklopädie S. 512.
[8]) pr. Jahrb. 28 S. 187.
[9]) Studien S. 92—104; Staatsrecht S. 779.
[10]) a. a. O. S. 84 ff.
[11]) Reichsstaatsrecht S. 49.
[12]) Staatsrecht S. 57 ff.
[13]) ähnlich Beseler a. a. O. S. 189.
[14]) Zorn a. a. O.
[15]) Beseler a. a. O.

dem wichtigsten derselben, dem Norddeutschen Bunde, nicht der Fall ist.[15a]) Ferner führt Beseler mit Recht an, dass in der „deutschen Bundesakte" die Zweckbestimmung als Art. 2 dem positiven Teile angehörte, die entsprechenden Worte hier aber in den Eingang versetzt sind. Dies entspricht m. E. auch völlig dem Unterschiede zwischen Staatenbund und Bundesstaat. Dort ist eine vertragliche Zweckbestimmung das Gegebene; hier würde solche Beschränkung der Staatszwecke dem Herrschaftswesen des Staates widersprechen. Im Bundesstaate kann die Verfassung nicht mehr Vertrag sein, dort gibt es keine „vertragsmässigen Elemente" mehr.[16])

Dieser Punkt bedeutet eine Schwäche der Meyerschen Theorie. In dieser hat sich der Gedanke, dass die Verfassung als solche nie etwas anderes als Bundesgesetz gewesen ist, noch nicht zu voller Klarheit durchgerungen.[17]) Meyer sagt, die Verbindlichkeit der Bundesverfassung „beruhe auf Vertrag". Er vermeidet für sie das Wort „Gesetz", er sagt vielmehr, sie habe sich die Wirksamkeit eines Bundesgesetzes beigelegt. Bezeichnend dafür ist ja auch, dass er den Eingang der Bundesverfassung als Beweismittel benutzt, dass er das Vorhandensein „vertragsmässiger Grundlagen" des Bundes behauptet. Dieser Fehler findet sich auch bei einer ganzen Reihe von Anhängern der völkerrechtlichen Vertragstheorie, insbesondere auch bei Löning.[18]) Erst die vervollkommnete Vertragstheorie[18]) hat auch diesen Mangel glücklich überwunden.

Ferner scheint es nicht richtig, dass Meyer als entscheidenden Vertrag den vom 16. April ansieht. Diese

[15a]) Dies Argument wird freilich bei den Vertretern einer gegnerischen Ansicht, wonach das Reich und der Norddeutsche Bund das gleiche Rechtssubjekt sind, wenig Anklang finden. Eine Bekämpfung dieser Ansicht würde hier zu weit führen.

[16]) a. M. Meyer a. a. O. S. 588 ff.; siehe darüber auch unten § 16.

[17]) Am stärksten hatte Meyer in seinen „Grundzügen" S. 46 ff. den Vertragscharakter auf Kosten des staatsrechtlichen Verhältnisses betont, diese Aufführungen dann aber in den „Erörterungen" schon teilweise zurückgenommen.

[18]) vgl. unten § 8.

Vereinbarung vom 16. April stellt vielmehr lediglich eine Ergänzung des Augustbündnisses dar, sie bedeutet die Ausfüllung dieser „Blankettvereinbarung“[19]) und ist gleich ihr ein lediglich obligatorischer Vertrag. Die Regierungen hatten nicht die Absicht, schon durch diese Willenserklärung ihren Beitritt zu dem Bunde zu erklären, selbst nicht unter Vorbehalt der ständischen Genehmigung. Jener Vertrag ist vielmehr so auszulegen, dass er jede Regierung verpflichtete, den festgestellten Verfassungstext ihrem Landtage vorzulegen, um dessen Genehmigung zu erhalten, dass der Staat zusammen mit den anderen 21 den durch den Verfassungsentwurf genau beschriebenen Bundesstaat gründe.[20]) Durch den Vertrag vom 16. April war also die Gründung noch nicht erfolgt. Hat daher Meyer mit seiner Ansicht, dass der Norddeutsche Bund durch einen Vertrag ins Leben gerufen sei, Recht, so ist als dieser Vertrag jedenfalls ein späterer anzusehen. Ob aber überhaupt durch Vertrag ein Gemeinwesen entstehen kann, ist noch zu untersuchen. Meyers erstes Beweismittel, der Eingang der Verfassung, hat, wie dargelegt ist, versagt. Wie steht es nun mit seinem wichtigeren Argumente, dem geschichtlichen Hergange?

Der Gang der Ereignisse lässt sich mit der Annahme einer vertraglichen Gründung in der Tat sehr wohl vereinen, wenn auch Meyer selbst, wie sich ergab, in dem Zeitpunkt dieses Vertrages geirrt hat.

Es gilt demnach jetzt die wichtige Frage zu prüfen, ob durch Vertrag ein Staatswesen entstehen kann! Diese Frage wird von vielen Autoren schlechtweg verneint, so selbstverständlich von denen, die jede juristische Konstruktion des Gründungsherganges ablehnen, aber auch von solchen, die eine juristische Konstruktion geben wollen, wie Laband[21]) und Gierke.[22]) Die Gründe aber, die gegen die Möglichkeit einer vertragsmässigen Entstehung des

---

[19]) so Triepel, Völkerrecht und Landesrecht S. 180; gleicher Ansicht Laband a. a. O. S. 22 ff.; Anschütz a. a. O. S. 504.

[20]) so Anschütz a. a. O. S. 505; Laband a. a. O. S. 22 ff.

[21]) a. a. O. S. 30, 31.

[22]) in Schmoller 7 S. 1153—55.

Norddeutschen Bundes ins Feld geführt werden, sind keineswegs stichhaltig.

Viel Unheil hat zunächst die Terminologie angerichtet. Dass durch einen obligatorischen Vertrag kein neues Rechtssubjekt entstehen kann, wird heute wohl kaum noch von einem Anhänger der Meyerschen Theorie bestritten. Schon Meyer selbst steht nicht mehr auf diesem Standpunkte. Er hebt[23]) hervor, dass, wie es im Privatrecht noch andere als obligatorische Verträge gäbe, z. B. die dinglichen und die Eheverträge, so auch zweifellos im öffentlichen Recht durch Willensübereinstimmung mehrerer Rechtssubjekte neue Gemeinwesen und Gewaltverhältnisse geschaffen werden könnten. Er gibt zu, dass man solche „konstitutiven" Verträge nicht mit den obligatorischen verwechseln dürfe, dass es wohl besser wäre, jene als besondere Kategorie diesen gegenüberzustellen. Er betont dann aber, dass sich für diese besondere Art von Verträgen noch keine feste Terminologie gebildet habe, obwohl häufig Ausdrücke, wie „Vereinbarung" und „Gesamtakt" für sie verwendet würden. Bei der Wichtigkeit dieser Frage erscheint es gerechtfertigt, hier näher auf sie einzugehen.

Wie schon erwähnt ist,[24]) hat als erster Gierke den Ausdruck „Gesamtakt" für diejenigen konstitutiven Vereinbarungen angewandt, die eine Willensorganisation, keine Willensbindung enthielten. Später wies dann Binding[25]) darauf hin, dass man unmöglich solche konstitutiven Akte als „Verträge" bezeichnen könne, und schlug für sie den Ausdruck „Vereinbarung" vor.

Kuntze[26]) hat sich das grosse Verdienst erworben, jene Anregung aufgenommen und diese Vorgänge ausführlich untersucht zu haben. Er wählt den Ausdruck „Gesamtakt." Gemeinsam sei dem Vertrage wie dem Gesamtakte die Vereinigung mehrerer Willen. Dem Vertrage eigentümlich sei die Willensbindung der Parteien meist

---

[23]) a. a. O. S. 179 u. S. 49 Anm. 18.

[24]) vgl. oben § 4 Anm. 5.

[25]) Gründung des Nordd. B. S. 69 ff.

[26]) in der Leipziger Festgabe für Müller.

zu entgegengesetztem, sich entsprechenden Tun, dem Gesamtakte aber gemeinsames oder gleiches Tun, also wahre Willenseinigung. Während es ferner beim Vertrage nur zwei Parteien gäbe, könnten beim Gesamtakte beliebig viele Parteigenossen beteiligt sein. Der Gesamtakt ist nach Kuntze stets Rechtsgeschäft.[27]) Kuntze versteht also unter „Gesamtakt", um aus seinen Erörterungen[28]) eine Definition zu formulieren: „das Zusammenhandeln einer beliebigen Mehrzahl willensgeeinter Rechtssubjekte, bei dem eine Rechtswirkung über die Handelnden hinaus erzielt werden soll." Eins seiner wichtigsten Beispiele ist eben die Schaffung eines neuen Rechtssubjektes. Die den Gesamtakt vorbereitenden Willenseinigungen bezeichnet er als „Verträge."

Jellinek hat ungefähr gleichzeitig mit Kuntze diese Frage berührt.[29]) Er bezeichnet die „einheitliche, rechtlich relevante Willenserklärung" mehrerer Personen wieder als „Vereinbarung."

Zuletzt hat sich Triepel[30]) in scharfsinniger Weise eingehend mit diesem Probleme beschäftigt, aber, wie es scheint, nicht durchweg gleich glücklich. Er gebraucht „Gesamtakt" etwa in dem Kuntze'schen Sinne. Den Ausdruck „Vereinbarung" aber verwendet er m. E. nicht geeignet.

Triepel führt aus,[31]) dass der „Vertrag" die Parteien zu verschiedenem, meist entgegengesetzem Tun verpflichte, die „Vereinbarung" aber zu gleichem Tun. „Aus der Vereinbarung entspringt Recht und Pflicht zu gleicher oder gemeinsamer Tat"[31]) Letztere, eine gemeinsame Tat sei eben der „Gesamtakt" „Der Gesamtakt ist die Erfüllung der Vereinbarung oder die Ausübung der aus ihr zustehenden Rechte."[31])

Triepel schreibt der Vereinbarung also lediglich präparatorischen Charakter zu. Was er hier als „Verein-

---

[27]) a. a. O. S. 53; a. M. Triepel a. a. O. S. 61 ff.
[28]) a. a. O. insbes. S. 44 ff.
[29]) Subjekt. öffentl. Rechte S. 193 ff.
[30]) a. a. O. S. 49 ff.
[31]) a. a. O. S. 58, 59.

barung“ bezeichnet, nennt Kuntze „Vertrag“ (in technischem Sinne), und wohl mit vollem Rechte. Denn die Triepel'sche Vereinbarung ist doch nichts als ein obligatorischer Vertrag. Weshalb soll man die Verpflichtung zu einem Gesamtakte anders bezeichnen als die zu einem sonstigen Tun? Auch Triepels Vereinbarung entspringen Rechte und Pflichten. Jeder Kontrahent ist zur Mitwirkung am Gesamtakte der anderen Partei verpflichtet, jeder hat einen Anspruch auf die Mitwirkung des anderen. Ob die Kontrahenten eines Vertrages sich beide zu der genau gleichen Leistung verpflichten oder nicht, ist juristisch doch wohl unerheblich. Bei dem Gesellschaftsvertrage, den das Bürgerliche Gesetzbuch sicher als obligatorischen Vertrag auffasst, verpflichten sich ja auch die Kontrahenten zu gleichem und gemeinsamem Tun, zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes. Ja, man kann vielleicht diese den Gesamtakt vorbereitende Vereinbarung Triepels am besten als Gesellschaftsvertrag auffassen! Jedenfalls aber ist es überflüssig, hier einen besonderen terminus technicus schaffen zu wollen.

Der Ausdruck „Vereinbarung“ lässt sich wohl besser verwenden! In der Literatur wird er meistens mit „Gesamtakt“ gleich gebraucht. Dies kommt zum Teil daher, dass man vielfach Vereinbarung = Willenseinigung setzt, und dies Wort als Oberbegriff zu Vertrag und Gesamtakt verwendet, was sich auch ganz empfiehlt.

Vielleicht wäre es aber auch angebracht, „Vereinbarung“ noch in einem engeren Sinne zu gebrauchen, nämlich gleichbedeutend mit „schöpferischem Gesamtakt.“ Denn der Tatbestand des Kuntze'schen Gesamtaktes ist ein sehr grosser. Den Gesamtakten nun, bei denen die willensgeeinte Handlung auf Gestaltung eines Rechtsverhältnisses abzielt, wie bei der gemeinsamen Unterzeichnung eines Wechsels durch Gesamtprokuristen oder Bestellung einer Servitut durch Miteigentümer und anderen Kuntze'schen Beispielen, könnte man vielleicht als „schöpferische Gesamtakte“ oder „Vereinbarungen“ (im engeren Sinne) solche Fälle gegenüberstellen, wie die Schöpfung eines Rechtssubjektes (Bundesstaat, Aktienge-

sellschaft, Verein usw.) oder einer Rechtsnorm (Völkerrechtssätze, Konkordate u. a.).

Im folgenden sollen jedenfalls für die Bezeichnung des Schöpfungsaktes des Bundesstaates die Ausdrücke „Vereinbarung" und „Gesamtakt" wahlweise Anwendung finden.

Greifen aber nun solche Vereinbarungen auch wirklich ausserhalb des Privatrechtes Platz? Ist die Schöpfung eines Bundesstaates durch solche Vereinbarung möglich?

Wenn Jellinek, so meint Meyer,[32]) die Entstehung objektiven Rechtes durch übereinstimmende Willenserklärungen mehrerer Staaten zugäbe,[33]) so sei nicht einzusehen, weshalb nicht auch die Entstehung eines Staatswesens durch solche Willensübereinstimmung möglich sein sollte. Das ist ein grosser Unterschied, so erwidert Jellinek,[34]) dort ist und bleibt das neue Recht Völkerrecht, hier aber sollen doch ein Staatsrechtssubjekt und ein Staatsgesetz geschaffen werden!

Wie dieser Einwand Jellineks zu entkräften ist, wie man zu einer völlig befriedigenden Lösung kommen kann, dazu hat Haenel[35]) den Weg gewiesen und Anschütz[36]) ist mit seiner Theorie auf dieser Bahn glücklich weitergeschritten. Die Theorie des letzteren stellt den Ausbau und die Vervollkommnung der Meyer'schen Theorie dar

§ 8. Die Theorie Anschütz.

Haenel hat a. a. O.[1]) dargelegt, dass man nicht annehmen dürfe, die Verfassung sei erst Vertrag gewesen und dann in Gesetz umgewandelt worden. Vielmehr sei der Vertrag nur der Rechtsgrund, kraft dessen der neue Staat entstehe, kraft dessen der festgestellte Verfassungsentwurf als Staatsgesetz in Kraft trete. Wie im Privat-

---

[32]) a. a. O. S. 180.

[33]) Subjekt. öffentl. Rechte S 195 ff.

[34]) Staatslehre S. 758 Anm. 1.

[35]) Staatsrecht S. 35—37.

[36]) Enzyklopädie S. 502 ff.

[1]) S. 35—37; ihm zustimmend Anschütz a. a. O. S. 506.

recht die Vereinbarung mehrerer Personen eine juristische Person schaffen könne, so müsste dies doch auch im Völkerrechte der Fall sein. Was den Individuen oder den juristischen Personen im Staate möglich sei, das müsste doch den viel stärkeren Rechtssubjekten, den Staaten selbst, gelingen können! Wie das Privatrecht den Privatrechtssubjekten diese Dispositionsfreiheit gewähre, so täte es auch das Völkerrecht bei den Rechtssubjekten des Völkerrechts, den Staaten. Und genau wie im Privatrechte das festgestellte Vereinsstatut zuerst Teil der Vereinbarung der Gründer, also ihrer Verfügung unterworfen, mit der Gründung aber Statut, also über ihre Verfügung hinausgehoben sei, so sei auch der Verfassungsentwurf des Norddeutschen Bundes zunächst Vereinbarungsbestandteil gewesen, mit seiner Gründung aber sofort als Staatsgrundgesetz des Bundes in Geltung getreten. Dem gegenüber wendet Jellinek[2]) ein, die Behauptung des Vorhandenseins eines Völkerrechtssatzes, welcher einer Vereinbarung von Staaten die Rechtsfolge der Entstehung eines neuen Staates zuschreibe, sei eine petitio principii. In der Tat spricht sich Haenel nicht näher über diesen Völkerrechtssatz aus. Erst Anschütz[3]) hat diese Lücke ausgefüllt: „Dieser Satz ist ein **gewohnheitsrechtlicher**."

Diese Anschütz'sche Behauptung bekämpft Jellinek wiederum in seiner Staatslehre.[4]) Anschütz verwechsele historisches Faktum und Recht. Man solle nicht so leicht etwas für Gewohnheitsrecht erklären, sonst könne man aus der modernen Geschichte der Romanen ein „Gewohnheitsrecht auf Revolution" anerkennen, überhaupt „jeden internationalen Rechtsbruch, der genügend Präzedenzfälle aufwiese, gewohnheitsrechtlich legalisieren." „Wenn ein Bundesstaat gewohnheitsrechtlich durch seine Glieder gegründet werden könne, so müssten diese ihn auch wieder gewohnheitsrechtlich auflösen können."

Diese Polemik ist aber nicht zutreffend. Welches sind denn die Erfordernisse der Bildung des Gewohnheits-

---

[2]) Staatslehre S. 755, 758.

[3]) in Meyer S. 180.

[4]) S. 758 Anm. 1.

rechtes? Windscheid[5]) gibt sie an als „gleichförmige mehrmalige Uebung, hervorgegangen aus der Ueberzeugung ihrer rechtlichen Notwendigkeit.“ Gleichförmige mehrmalige Uebung von Staatengründungen durch andere Staaten, von den Bundesstaatserrichtungen ganz abgesehen, ist zweifellos vorhanden. So wurden 1815 auf dem Wiener Kongresse die Staaten Krakau und die Ionischen Inseln, 1878 auf dem Berliner Kongresse das Fürstentum Bulgarien ins Leben gerufen. Handelten die Staaten aber auch mit der opinio iuris, oder waren sie nur rein tatsächlich, wie Jellinek meint, tätig? Sicherlich waren sie von dem Gefühle durchdrungen, dass sie von Rechtswegen handelten, dass das Völkerrecht solchen Gründungshandlungen mehrerer Staaten Rechtswirkung beilege, dass das Prinzip der freien Korporationsbildung, welches in manchem Privatrechte kraft Rechtssatzes oder Gewohnheitsrechtes herrscht, zweifellos auch im Völkerrecht gelte, das doch keinerlei entgegenstehende Bestimmungen aufweist. Sie waren der Meinung, dass die Völkerrechtsordnung ein für alle Mal anerkannt habe, dass Staaten kraft ihres Willens Rechtssubjekte schaffen können, dass sie dem Rechtswillen der Staaten diese Rechtskraft beigelegt habe. So wie Jellinek aber das Gewohnheitsrecht auffasst, musste er das Vorhandensein solches gewohnheitsrechtlichen Völkerrechtssatzes noch um vieles leichter zugeben; denn nach ihm entspringt das Gewohnheitsrecht nicht der opinio iuris, sondern der „allgemeinen psychischen Eigenschaft, die das sich stets wiederholende Faktische als das Normative ansieht.“[6]) — Die Parallelen, die Jellinek zu der Anschütz'schen Behauptung zieht, sind ungerechtfertigt. Wo wird eine Revolution mit der opinio iuris vorgenommen? Ein Gewohnheitsrecht auf Revolution widerspräche doch jeder Rechtsordnung. Es ist ein Paradoxon, genau ebenso wie die Behauptung, dass häufiger Rechtsbruch Gewohnheitsrecht bilden könnte. Und genau so steht es mit der „gewohnheitsrechtlichen“ Wiederauflösung des Bun-

[5]) Lehrbuch S. 64 ff, insbes. S. 67, 68; ähnlich für das Völkerrecht auch v. Liszt S. 11 und Ullmann S. 42, 44.

[6]) Staatslehre S. 330, 331.

desstaates durch seine Glieder! Bei der Schöpfung neuer Staatswesen dagegen handeln die Gründerstaaten mit Rechtsbewusstsein, und das Gewohnheitsrecht, dessen Quelle selbst wieder der Wille der Staaten ist, knüpft an diesen Willen der Staaten die erstrebte Rechtsfolge. Die Theorien von Meyer und Anschütz greifen also keineswegs auf überwundene naturrechtliche Lehren zurück Ihre Auffassung hat gar keinen Berührungspunkt mit jenem contrat social, den in vorstaatlichen Zeiten die Individuen geschlossen haben sollen.[7]) Meyer und Anschütz erkannten vielmehr richtig, dass das Völkerrecht aus der Vereinbarung der 22 Staaten ihrem Willen gemäss den Norddeutschen Bund entstehen liess.

Worin sieht nun aber Anschütz diese Vereinbarung? Er erkennt, dass die Regierungen erst nach der Genehmigung ihrer Landtage die entscheidende Willenserklärung abgeben. Nicht sieht er gleich Meyer den Zweck der Publikationspatente darin, dem Staatsvertrage verbindliche Kraft für die Untertanen beizulegen, sondern er teilt Labands Ansicht[8]), die Publikationspatente seien die einzelstaatsrechtlich notwendige Form für die Erklärung, dass die Staaten an dem festgesetzten Termine Glieder desjenigen Bundesstaates sein wollten, der mit dieser Verfassung an diesem Tage entstehen sollte. „Die Gesamtheit der übereinstimmenden Publikationspatente stellt die entscheidende Vereinbarung dar. Dass diese übereinstimmende Willenserklärung nicht in einer Urkunde erfolgte, ist ein unschädlicher Formmangel“ Dadurch, dass die 22 vorgesehenen Staaten erklärten, am 1. Juli Glieder des Bundesstaates sein zu wollen, trat vermöge der Völkerrechtsordnung an diesem Tage das neue Gemeinwesen mit seiner Verfassung in die rechtliche Existenz!

Diese Theorie, der, wie man sieht, die erwähnten Schwächen der Meyer'schen Ansicht völlig fehlen, ist allerdings geeignet, eine in jeder Beziehung befriedigende Lösung des schwierigen Problems zu bieten; sie beweist,

---

[7]) Dies behauptet Jellinek a. a. O. S. 755 und in Staatenverbindungen S. 256

[8]) a. a. O. S. 27/28.

dass die, welche die vertragliche Entstehung für unmöglich erklären, sich in einem Irrtume befinden.

II. Man kann wohl die Ansicht, dass die Gründung durch völkerrechtliche Vereinbarung erfolgt sei, als die heute herrschende bezeichnen.

Erschöpfend hat vor allem auch v. Stengel die Frage nach der Entstehung des Norddeutschen Bundes behandelt. Klar und deutlich hebt er hervor,[9]) dass ein Bundesstaat durch einen autonomen Willensakt mehrerer Staaten, durch rechtschaffende Verträge (Vereinbarungen) auf dem Gebiete des Völkerrechts ins Leben gerufen werde. Dass es solche rechtschaffenden Verträge gäbe, bewiesen die zahlreichen internationalen Vereinbarungen, die objektives Recht schüfen, wie z. B. die über das Verbot des Negerhandels.

Darin stimmt v Stengel[9a]) aber mit Meyer überein, dass er den entscheidenden Vertrag auf den 16. bezw. 17 April legt, da die Regierungen zum Abschlusse völkerrechtlicher Verträge legitimiert gewesen seien. Dem ist entgegenzuhalten, was schon oben gegen Meyer ausgeführt ist. Da es sich hier um durchgreifende Veränderungen des Einzelstaatsrechts handelte, so durften die Regierungen ihrem Staatsrechte gemäss von dieser Legitimation keinen Gebrauch machen. Ihnen fehlte auch völlig die Absicht, durch jene Annahmeerklärung der projektierten Bundesverfassung schon den Bund zu begründen.

Einer der ersten Schriftsteller, die die Theorie der völkerrechtlichen Vereinbarung vertraten, war v. Martitz.[10]) Gleich Meyer legte auch er zunächst auf die vertragliche Entstehung gegenüber dem staatsrechtlichen Bestehen zu grosses Gewicht, aber sehr bald erkannte er dies und modifizierte seine Ansicht dementsprechend.[11])

---

[9]) in Schmoller Bd. 22 S. 1126 ff.

[9a]) a. a. O. S. 1162.

[10]) Betrachtungen über die Verf. des Nordd. Bundes 1868.

[11]) in Zeitschrift 32 S. 555 ff., insbes. S. 572 (1876).

Die Vereinbarungstheorie vertreten ferner Rehm,[12]) v. Mohl[13]) und v. Müller.[14])

Rehm hält a. a. O. den Gegnern mit Recht vor, dass, da sich Staaten durch Vereinbarung, wie allgemein anerkannt, zum Einheitsstaate vereinigen könnten, also unter Aufgabe ihrer Existenz, sie doch dann sicherlich auch das Geringere vermöchten, sich auf gleiche Weise unter Beibehaltung ihrer Existenz zu einem Bundesstaate zusammenzuschliessen.

Auf dem Boden der völkerrechtlichen Vereinbarungstheorie steht auch Schulze.[15]) Laband greift ihn gelegentlich einer Polemik gegen Seydel an,[16]) weil Schulze[17]) behauptet habe, die Bundesverfassung sei „zugleich das Staatsrecht einer höheren Staatsordnung und integrierender Teil jeder Landesverfassung.“ Dass dies, wörtlich genommen, falsch ist, ist sicher, wie bereits in den Ausführungen gegen Seydel dargelegt ist. Aber Schulzes Auffassung ist von des letzteren Theorie so weit entfernt, dass man annehmen muss, es handele sich bei ihm nur um eine unklare Ausdrucksweise. Wenn er a. a. O. sagt, dass das Bundesrecht integrierender Teil jeder Landesverfassung wurde und alle entgegenstehenden Bestimmungen derselben von selbst ausser Kraft setzte, so wollte er damit wohl nur andeuten, dass die Bundesverfassung die durch ihr Inkrafttreten in das Einzelstaatsrecht geschlagene Lücke ausfüllte, indem sie (als Bundesverfassung) die Einzelstaatsverfassungen ergänzte.

Weitere Anhänger dieser Vereinbarungstheorie sind Kuntze, Triepel und Brie.

Kuntze behandelt die Bundesstaatsgründung, wie erwähnt, als Beispiel eines Gesamtaktes.[18]) Er nennt letzteren hier einen „Rechts- und Staatsakt.“ Ueber die Rechts-

---

[12]) Vierteljahresschrift 33 S. 387 ff. und Staatslehre S. 93, 94, 171, 276.

[13]) Staatsrecht S. 49.

[14]) Vierteljahresschrift 24 S. 593 ff.

[15]) Einleitung S. 205, 472 ff; Staatsrecht S. 45 ff. u. 164 ff.

[16]) a. a. O. S. 24 Anm. 5.

[17]) Einleitung S. 473 und Staatsrecht S. 165.

[18]) a. a. O. S. 80 ff.

ordnung, die diesem Tatbestande Rechtswirkung verleiht spricht er sich nicht deutlich aus. Er redet von einem' „staats- und völkerrechtlichen Gesamtakte.“[19]) Aber nach seinen übrigen Ausführungen kann man ihn wohl der behandelten Theorie zurechnen.[20])

Bei seiner Darstellung unterläuft Kuntze übrigens ein historisches Versehen. Er glaubt, dass die Zustimmung der Einzellandtage erst nach dem Publikandum vom 26. Juli erfolgt sei, dass „zu dieser Zeit ein Schwebezustand bestanden“ habe, und dass erst die nachträgliche Genehmigung der Landtage „die mangelhafte Rechtsgrundlage des Norddeutschen Bundes vervollständigt“ habe. Demgegenüber sei auf die geschichtliche Darstellung (oben § 2) verwiesen. Wenn Kuntze[21]) ferner das Wirken des konstituierenden Reichstages für einen materiellen Fehler des Gründungsvorganges hält und deswegen von ursprünglicher Anfechtbarkeit des Gründungsaktes spricht, so überschätzt er offenbar die Rechtsstellung, welche diese Versammlung tatsächlich eingenommen hat. Im übrigen wird auf die Rechtsstellung des Reichstages noch später (unten § 13) einzugehen sein.

Triepels Darlegungen[22]) führen zu dem gleichen Ergebnisse wie die Anschütz'schen. Zwar sagt er nicht, dass das Völkerrecht der Rechtsgrund der Entstehung sei, sondern dass der Wille der Staaten die Rechtswirkung ihres Gesamtaktes hervorriefe, aber das ist bei seiner Auffassung vom Völkerrecht dasselbe. Denn ihm ist die einzige Quelle desselben „der erklärte Gemeinwille mehrerer Staaten.“[23]) Er erkennt nur partikulares Völkerrecht an. Wenn daher die Staaten die Rechtswirkung wollen und dies erklären, so schaffen sie damit für ihren Lebenskreis objektives Völkerrecht, so knüpft dieses, das Produkt ihres Willens, an ihren Gesamtakt die gewünschte Rechtsfolge.

---

[19]) a. a. O. S. 82.

[20]) Kuntzes Ausführungen schliesst sich völlig an: Kühlewein, Entstehung von Bundesstaat und Aktiengesellschaft.

[21]) a. a. O. S. 83 und 87.

[22]) a. a. O. S. 29 ff. 68 Anm. 3; 178 ff.

[23]) a. a. O. S. 32.

Brie, dem in allen Stücken Fleischmann[24]) folgt, ist auch der Ansicht, dass die Errichtung des Bundes und seiner Verfassung durch Vertrag erfolgt sei,[25]) sagt aber an anderer Stelle,[26]) dass Gierke, Jellinek und Laband insoweit Recht hätten, als der Bund „nicht unmittelbar durch Staatsvertrag ins Leben trete, sondern erst durch Erfüllung desselben zur tatsächlichen Existenz gelange," dass aber trotzdem der Vertrag „nicht bloss vorbereitende Bedeutung habe, sondern der Rechtsgrund der Errichtung sei." Das Dargelegte bildet einen Widerspruch in sich.

Brie übersieht dabei, dass es sich um zwei Verträge handeln muss. Derjenige Staatsvertrag, durch den der Bund nicht unmittelbar zur Existenz gelangt, sondern erst durch dessen „Erfüllung", ist ein obligatorischer Staatsvertrag (etwa der vom 16. April), denn ein anderer kann nicht „erfüllt" werden. Dieser Vertrag hat allerdings lediglich vorbereitende Bedeutung, er kann aber nicht den „Rechtsgrund" der Gründung bilden, wenigstens nicht in unserem zugrundegelegten Sinne. Setzt aber Brie hier dies Wort — causa, rechtlichen Beweggrund, wie etwa der Kaufvertrag der Rechtsgrund der Uebereignung ist, so gibt er damit keine juristische Konstruktion der Gründung; denn wie Liebe[27]) richtig ausführt: „Daraus, dass eine Handlung Erfüllung einer vertragsmässigen Verpflichtung ist, folgt nichts für den juristischen Charakter dieser Erfüllung." Die Erfüllung des ersten Vertrages besteht vielmehr in einem zweiten konstitutiven Vertrage, jener Vereinbarung, durch die dann der Staat unmittelbar zur rechtlichen, und damit auch zur tatsächlichen Existenz gelangt; die Vereinbarung ist es, die den Rechtsgrund der Entstehung darstellt.

Diese Gedanken sind bei Brie noch nicht klar herausgearbeitet, wenn er wohl auch den Standpunkt aufgegeben hat, den er früher[28]) eingenommen hatte, dass die

---

[24]) Weg der Gesetzgebung . . . S. 75 Anm. 163.

[25]) Staatenverbindungen S. 131 (1886).

[26]) a. a. O. S. 130.

[27]) in Zeitschrift 38 S 625.

[28]) in Grünhut 11 S. 101 (1884).

erzielte Wirkung an den Vertrag nicht durch eine Rechtsordnung, sondern schon lediglich durch den Unterwerfungswillen der Kontrahenten geknüpft werde. Denn diese frühere Auffassung Bries, die er anlässlich einer Polemik gegen Jellineks Theorie darlegte, bietet im Jellinekschen Sinne überhaupt keine juristische Konstruktion.

Affolter wich ursprünglich[29]) nur in einer Beziehung von der dargestellten Theorie ab. Er sagt a. a. O. die „Vereinbarung werde Gesetz, sobald die neuen Organe ihren Inhalt als Gesetz handhabten und damit stillschweigend den Gesetzwillen erklärten." Diese Wendung erinnert sehr an die ähnliche Auffassung Gierkes, sowie an die Theorien Haenels und Zorns.[30]) Zwar kann man wohl sagen, dass die Bundesverfassung durch die stillschweigende Anerkennung der massgebenden Organe Gesetz geblieben ist, denn einmal zur Existenz gelangt, stand es diesen rechtlich frei, auf verfassungsmässigem Wege diese Verfassung durch eine andere zu ersetzen — die politische Unmöglichkeit dieses Schrittes ist hier nicht klarzulegen, — aber Gesetz geworden ist die Verfassung durch diese Anerkennung nicht, sondern gleichzeitig mit dem Bunde ist sie als dessen oberstes Gesetz in Geltung getreten. Erst durch ihre Geltung als Gesetz sind auch die betreffenden Faktoren zu „Organen" des Bundes geworden.

Neuerdings[30a]) hat sich Affolter von der Vereinbarungstheorie gänzlich abgewandt und bekämpft sie nunmehr, al erdings mit keineswegs durchschlagenden Gründen. Die Erklärungen, in denen die einzelnen Staaten ihren Beitritt zu dem zu gründenden Bundesstaate aussprechen, hält er für rein „einseitiger Natur;" zwischen ihnen bestände kein rechtliches Band. Denn eine Vereinbarung, oder wie er solche nennt, ein Beschluss, setze ein Collegialverhältnis nach bestehendem Rechte voraus. An diesem fehle es aber. Die Erklärungen der Staaten seien vielmehr solche nach „dem natürlichen Staatsrechte des zukünftigen Bundesstaates."

[29]) in Annalen 1903 S. 834 ff.
[30]) vgl. unten §§ 9 und 14.
[30a]) in Annalen 1911 S. 146 ff.

Mit den letzten Ausführungen verfällt Affolter in den schon bei Besprechung der Theorie Gierke (oben § 4 am Ende) erwähnten Fehler, und zwar noch in höherem Masse als Gierke. Wie können die Erklärungen der Staaten nach dem Rechte eines noch garnicht bestehenden Bundesstaates bewertet, wie kann die Entstehung eines Bundesstaates schon nach seinem Rechte beurteilt werden? Die Behauptung, dass das Staatsrecht eines Staates schon vor seiner Entstehung vorhanden sei, bedeutet offenbar ein hysteron proteron. Affolter verschliesst sich vollkommen der Tatsache, dass zwischen den deutschen Einzelstaaten sehr wohl ein collegiales Verhältnis bestand, wie es zwischen allen civilisierten Staaten besteht, nämlich nach dem Völkerrechte! Daher leugnet er die staatsgründende Vereinbarung und gelangt zu seiner unhaltbaren Auffassung.

Ebenfalls auf dem Boden der hier besprochenen Theorie steht Löning. Den Vertrag vom 16. April sieht er als einen „Unterwerfungsvertrag“ an, in dem die Staaten sich „zugleich verpflichteten, die Gewalt, der sie sich zu unterwerfen hatten, selbst zu organisieren.“[31]) Er hält gleich Anschütz[31a]) und Laband[32]) die Publikationspatente für die bundesbegründende Tat.[33]) Aber er verfällt dann dem Fehler, der Haenels[34]) ganze Theorie durchzieht Er verwechselt das Existentwerden des Bundes als Rechtsfolge der in den Publikationspatenten zutage tretenden Vereinbarung mit der Herstellung des tatsächlichen Zustandes, der dieser Existenz entsprach. Dies zeigt sich deutlich darin, dass er die Uebernahme des Präsidiums durch den König von Preussen und die Bildung des Bundesrates, diesen „tatsächlichen Vorgang“, wie er ihn nennt, als „rechtliche Organisation“ des Bundes bezeichnet. Wenn er weiter diesen Vorgang für die „Ausführung einer vertragsmässigen Verpflichtung“ hält, so verkennt er, dass

[31]) a. a. O. S. 21.
[31a]) in Enzyklopädie S. 505.
[32]) a. a. O. S. 29.
[33]) a. a. O. S. 8.
[34]) vgl. unten § 9.

diese am ersten Juli oder später vorgenommenen tatsächlichen Organisationshandlungen nicht Erfüllung eines völkerrechtlichen Vertrages bedeuten, so übersieht er, dass alle völkerrechtlichen Verträge schon durch den konstitutiven Gesamtakt erfüllt und daher erloschen sind, diese Handlungen aber schon Erfüllung staatsrechtlicher Pflichten und Ausübung staatsrechtlicher Rechte sind. Denn da der Bund mit Beginn des 1. Juli ins Leben trat, so ist mit diesem Augenblicke schon der staatsrechtliche Zustand geschaffen, auf Grund dessen dann jene Handlungen vorgenommen werden.[35])

Dieser Irrtum rührt wohl teilweise daher, dass bei Löning noch die falsche Auffassung mitspielt, die schon bei Erörterung der Meyerschen Theorie hervorgehoben wurde,[36]) dass die Bundesverfassung noch Vertrag sei („darin ist Seydel zuzustimmen, die Verfassung war und ist ein völkerrechtlicher Vertrag“[37])).

Von den Autoren, die den Bund durch völkerrechtlichen Vertrag entstehen lassen, ist schliesslich noch Westerkamp zu erwähnen, der diesen richtigen Gedanken aber dadurch beeinträchtigt, dass er drei vertragsschliessende Teile annimmt:[38])

1) die Fürsten und freien Städte,
2) die Bevölkerungen der einzelnen Staaten, repräsentiert durch ihre gesetzlichen Vertreter,
3) das norddeutsche Volk in seiner Gesamtheit, repräsentiert durch den konstituierenden Reichstag.

Er verkennt dabei völlig, dass die Fürsten völkerrechtliche Verträge als Vertreter ihrer Staaten abschliessen, dass nur die Staaten Völkerrechtssubjekte sind, nicht aber die beiden anderen, die er als Kontrahenten anführt. Die Bevölkerungen als Staatsvölker waren bei dem Vertragsschlusse eben durch ihre Souveräne vertreten, die Mitwirkung der einzelnen Landtage aber hatte eine lediglich

---

[35]) Diesen Fehler begeht übrigens auch Laband, wie unten § 10 zu zeigen ist.

[36]) vgl. oben § 7 Anm. 18.

[37]) a. a. O. S. 17; ähnlich S. 22.

[38]) Reichsverfassung S. 21.

innerstaatliche Bedeutung. Und dass der Reichstag als „Repräsentant des norddeutschen Volkes“ kein Kontrahent war, wird noch ausführlich bei der Beurteilung der Binding'schen Theorie zu zeigen sein.[39])

§ 9. Die Theorie Haenel.

Haenel, der, wie oben erwähnt, den richtigen Weg zur Lösung des Problems gewiesen hat, war sich dabei der Möglichkeit solcher Lösung wohl nicht recht bewusst. Denn seine Theorie ist von der Anschütz'schen, zu der seine Ausführungen[1]) gegen Jellinek bei logischer Anwendung führen mussten, noch weit entfernt. Haenel hat seine Theorie in seinen „Studien“ entwickelt, in seinem „Staatsrechte“ in vielen Punkten geändert oder ergänzt. Wie stellt er sich nun den Gründungshergang juristisch vor?

Haenel kennzeichnet[2]) treffender und ausführlicher als die anderen Autoren die Stellung des Reichstages als eine, kurz gesagt, „verfassungsvereinbarende, aber nicht verfassungsgebende.“[3]) Doch schon bei der Charakterisierung der Mitwirkung der Landtage gerät er auf Irrwege.

In seinen beiden Werken[4]) lehnt er zunächst mit Recht die Auffassung ab, es sei die Entstehung des Bundes und die Geltung seiner Verfassung auf die Tätigkeit der Landtage zurückzuführen, es sei der Bund durch übereinstimmende Landesgesetze zur Existenz gelangt.

Als erste Funktion der Landtage bezeichnet Haenel in den „Studien“ (S. 75) die „Prüfung und Anerkennung, dass das Augustbündnis rechtsverbindlich sei, und danach, dass die Bundesverfassung ihrem Inhalte und ihrer Entstehung nach dem Augustbündnisse entspreche“ Ob die Anerkennung des Augustbündnisses nach den Einzelstaatsrechten überhaupt erforderlich war, und ob solche in der

---

[39]) vgl. unten § 13.

[1]) Staatsrecht S. 35—37.

[2]) Studien S. 71 ff; Staatsrecht S. 19.

[3]) Auf seine Ausführungen hierüber wird noch bei Beurteilung der Binding'schen Theorie zurückzukommen sein.

[4]) a. a. O. S. 75; Staatsrecht S. 29; vgl. oben § 6 Anm. 5.

Annahme der Wahlgesetze für den Reichstag zu sehen ist, ist sehr zweifelhaft,[5]) aber für das weitere unerheblich. Denn selbst dies zugegeben, das ist doch nach den Verhandlungen der Landtage, insbesondere des preussischen Abgeordnetenhauses, sowie nach der allgemeinen Auffassung der Regierungen ganz sicher, dass die Landtage bei Annahme der Wahlgesetze ihr Recht anf völlig freie Hand bei der Prüfung des zu vereinbarenden Verfassungsentwurfes ausdrücklich festgestellt hatten. Sie waren daher bei der Prüfung des Entwurfes keineswegs derartig beschränkt, wie Haenel annimmt.[5a]) Haenel scheint dies auch selbst schon erkannt zu haben. In dem „Staatsrecht" ist von dieser Bedeutung der Landesgesetze nicht mehr die Rede

Als zweite und wichtigste Bedeutung der Partikulargesetze nennt Haenel in beiden Werken[6]) die Aufhebung des mit den Bestimmungen der vorgesehenen Verfassung in Widerspruch stehenden Landesrechts, um das Inkrafttreten der Bundesverfassung zu „ermöglichen."

Haenel übersieht hier völlig den Satz: Lex posterior derogat legi priori. Wie jedes jüngere Landesgesetz mit seinem Inkrafttreten ipso iure jede ältere widersprechende Rechtsnorm aufhebt, genau so musste die in jedem Staate in Gesetzesform verkündete Bundesverfassung mit ihrem Inkrafttreten das entgegenstehende Landesrecht ipso iure beseitigen. Nicht gewährt die Abänderung des Landesrechts die Möglichkeit der Ingeltungsetzung der Bundesverfassung, nicht ist sie dafür Voraussetzung, sondern gerade umgekehrt ist sie die Folge, die Reflexwirkung des Geltungsbeginnes der Bundesverfassung.[7]) Nicht hatte, wie Laband[8]) hervorhebt, die Verkündung der Bundesverfassung überall einen anderen Inhalt, nämlich überall andere Rechtssätze aufzuheben, sondern überall bedeutete sie dasselbe, die Willenserklärung des Staates, am 1. Juli

---

[5]) so auch Laband a. a. O. S. 25.

[5a]) so auch Laband a. a. O. S. 25.

[6]) a. a. O. S. 76; Staatsrecht S. 30.

[7]) ähnlich Laband a. a. O. S. 26 ff; Seydel, Kommentar S. 17; so auch Jellinek, Staatenverbindungen S. 270.

[8]) a. a. O. S 26.

Glied des zu bildenden Bundesstaates zu sein. Wenn sich Haenel[9]) für seine Auslegung der Bedeutung der Partikulargesetze auf die preussische Thronrede vom 24. Juni 1867 beruft: „Durch die Zustimmung des Landtages zur Errichtung des Norddeutschen Bundes sind nunmehr alle Vorbedingungen für die Geltung der Verfassung desselben in Preussen erfüllt," so deutet er die Rede falsch. Diese will nur besagen, dass durch die verfassungsmässige Zustimmung der gesetzgebenden Faktoren die Regierung nunmehr in die Lage versetzt sei, gemeinsam mit den anderen 21 Regierungen den Gründungsakt vorzunehmen. Wenn Haenel so den Partikulargesetzen fälschlich eine im wesentlichen nur negative Bedeutung beilegt, worin sieht er dann den positiven Schöpfungsakt?

In den „Studien"[10]) sagt er darüber, dass „diejenigen Organe des Wollens und Handelns, welche die mit dem Reichstage vereinbarte Bundesverfassung vorgesehen hatte, ins Leben treten mussten, und der hiermit organisierte Bund die Bundesverfassung als seine oberste rechtliche Willensbestimmung sich aneignen musste."

Diese Darlegung ist unklar und bildet in der Tat, wie Laband hervorhebt, einen circulus vitiosus! Haenel hat den Vorwurf Labands[11]) keineswegs entkräftet, wenn er im „Staatsrecht"[12]) seinen Satz dahin erklärt, dass die Bundesverfassung als Vereinbarungsbestandteil, also der Vertrag, die betreffenden Organe vorgesehen hätte. In gleicher Weise erläutert er a. a. O. seine Meinung noch weiter, dass „der Bund als Tatbestand seine Verwirklichung nur dadurch finden konnte, dass die durch den Augustvertrag dazu Berufenen sich zu Organen des Bundes aufwarfen, indem sie mit Erfolg auf die (infolge des Vertrages) pflichtgemässe Anerkennung aller Beteiligten rechneten." Diesen Satz schränkt er durch den nächsten sofort wieder dahin ein, dass in Wahrheit nur ein vorgesehenes Organ sich auch wirklich dazu aufwarf, nämlich der König

[9]) a. a. O. S. 76 Anm. 7.
[10]) S. 76, 77.
[11]) a. a. O. S. 26.
[12]) S. 31 ff., insbes. S. 32 Anm. 17.

von Preussen als Bundespräside, der „in dem gleichen Atemzuge den Verfassungsentwurf zur Bundesverfassung erhob und als solche verkündete.“ „Das Publikandum vom 26. Juli bedeute also die Konstituierung des Bundes.“

Versuchen wir nun, uns dies alles vorzustellen, oder besser, im einzelnen zu erforschen, was sich Haenel selbst darunter vorstellte! Also weil bestimmte Organe vertraglich für den Bund vorgesehen waren, weil die Vertragsschliessenden zur Errichtung des Bundes verpflichtet waren, deshalb mussten sich die vorgesehenen Organe zu solchen aufwerfen. Welches ist denn der Grund dieses Müssens? Der Vertrag verpflichtet zwar zu seiner Erfüllung, aber er kann doch keinen Zwang dazu ausüben. Wie konnte der preussische König sich zu einem „Organe“ des Bundes aufwerfen, bevor dieser wirklich da war? Und war denn der Bund schon hiermit organisiert? Der Vertrag hatte doch auch noch andere Organe vorgesehen! Und wie konnte vollends der Bund organisiert sein, ohne dass der Verfassungsentwurf Bundesverfassung geworden war? Wie konnte erst der Bund selbst sich sein Staatsgrundgesetz schaffen, ohne das er doch unmöglich zur Existenz gelangen konnte? Wie konnte der „vorgesehene“ Bundespräside die Verfassung mit staatsrechtlicher Kraft verkünden, da seine Stellung doch erst auf ihrer Geltung beruhte? Und woher stammt noch dazu die Befugnis des Königs, dies allein von sich aus zu tun? War er doch noch nicht einmal zu einem Gesetzgebungsfaktor des Bundes bestimmt! Wie konnte ferner, wie Brie[13]) hervorhebt, dieser wichtige gesetzgeberische Akt formlos geschehen?

Wie man sieht: eine grosse Zahl von Widersprüchen. Und in welcher Weise springt diese Erklärung mit den historischen Tatsachen um! Wenn der König von Preussen sich wirklich erst am 26. Juli zum Organe des Bundes aufgeworfen hätte, der Bund wirklich erst an diesem Tage konstituiert worden wäre, so hätte doch nicht der König von Preussen bereits am 8. Juli „im Namen des Nord-

[13]) a. a. O. S. 131 Anm. 1.

deutschen Bundes“ den Zollvereinigungsvertrag mit den süddeutschen Staaten abschliessen, bereits am 14. Juli den Bundeskanzler ernennen können![14])

Aus diesen Beispielen geht schon klar hervor, dass der Bund nicht erst am 26. Juli ins Leben trat, dass das Publikandum lediglich referierende, keine rechtliche Bedeutung hat. Das beweist auch das Publikandum selbst. Es ist keine Verkündigung im staatsrechtlichen Sinne.[14]) Es konstatiert lediglich, dass die Bundesverfassung im ganzen Bundesgebiete verkündet worden ist, und am 1. Juli Gesetzeskraft erlangt hat. Wenn Haenel sich darüber hinwegzusetzen sucht, indem er von einer „Zurückdatierung“ auf den 1. Juli spricht,[15]) so ist diese Behauptung durch nichts gerechtfertigt. Weil er vergangene Ereignisse durchaus in Uebereinstimmung mit seiner Theorie bringen will, deshalb muss er schliesslich seine Zuflucht dazu nehmen, die „klägliche juristische Technik“ der Bundesverfassung zu beklagen![16]) — Auch die Erklärung der Uebernahme der Präsidialstellung hat keinerlei rechtliche Bedeutung, denn wie aus den eben angeführten Beispielen erhellt, war die Uebernahme tatsächlich schon früher erfolgt.

Laband[17]) hat auch mit seinem Vorwurfe recht, dass nach der Haenelschen Theorie die Einzelstaaten eine Zeitlang ohne wichtige Teile ihres Verfassungsrechts hätten existieren müssen. Haenel sucht dies vergeblich zu entkräften mit dem Hinweise, dass die Landesgesetze unter der stillschweigenden aufschiebenden Bedingung des Inkrafttretens der Bundesverfassung erlassen seien.[18]) Da Haenel das Ausserkrafttreten des Landesrechts ausdrücklich als „Voraussetzung“ der Geltung der Bundesverfassung hinstellt, so muss doch rechtlich ein Augenblick vorhanden sein, indem ersteres geschehen ist, die Geltung der Bundesverfassung aber noch nicht begonnen hat. Die

[14]) ähnlich Meyer a. a. O. S. 177.
[15]) Staatsrecht S. 33 Anm. 18
[16]) vgl. Seydel a. a. O. S. 18.
[17]) a. a. O. S. 28, 29.
[18]) Staatsrecht S. 30, 31, insbes. Anm. 14.

Staatsgesetze ferner bestimmten doch ganz klar und deutlich als den Anfangstermin ihrer Geltung den 1. Juli! Was hätte denn die Terminbestimmung bei Haenels Auffassung für einen Sinn gehabt? Und, da doch auch nach Haenel die Errichtung des Bundes lediglich von dem Willen der Staaten abhing, weshalb hätten diese sich selbst desavouiren sollen, indem sie in den Landesgesetzen den 1. Juli angaben, dann aber die Gründung erst am 26. Juli vollenden liessen!

Es leuchtet wohl ein, dass Haenels Auffassung von dem Gründungsvorgange verfehlt ist. Wie ist sie aber nun juristisch zu konstruieren, denn eine juristische Konstruktion will Haenel doch offenbar bieten.

Haenel übersieht vor allem, dass der Bund auf die von ihm treffend angegebene Weise,[19]) nämlich durch den völkerrechtlichen, schöpferischen Vertrag schon rechtlich und damit auch tatsächlich entstanden ist, was auch schon bei Besprechung der Löning'schen Theorie ausgeführt wurde. Er begeht den Irrtum, erst mit der Fertigstellung des tatsächlichen Zustandes, welcher dem durch die Vereinbarung geschaffenen Rechtszustande entsprach, also mit der „tatsächlichen Organisation," wie er sich ausdrückt, die Gründung des Bundes für vollendet zu erachten. Zu dieser Beurteilung der Theorie Haenels drängt einmal die Tatsache, dass dieser Autor a. a. O. die Möglichkeit der Entstehung des Bundes durch völkerrechtliche Vereinbarung in seiner Polemik gegen Jellinek so klar dargelegt hat, dass man nicht annehmen kann, er sehe einzig und allein in jener tatsächlichen Organisation die Gründung des Bundes, sodann der Umstand, dass Haenel bei der Annahme, die Gründung sei lediglich durch die tatsächliche Organisation erfolgt und nicht erst durch diese vollendet, unmöglich die Gründung als „Rechtsprozess" hinstellen könnte. Dann würde vielmehr wieder der oben[20]) angeführte Ausspruch Liebes Platz greifen, ein tatsächlicher Vorgang werde dadurch, dass er sich als Erfüllung eines Vertrages darstelle, noch kein Rechtsvor-

[19]) Staatsrecht S. 36, 37.

[20]) § 8 II.

gang. Nur bei der geschilderten Auffassung von Haenels Ansicht kann man die Vereinigung der richtigen mit der überflüssigen falschen Lösung zu einer Theorie begreifen.

Nach dem Gesagten sind also alle Handlungen, die Haenel als Konstituierung des Bundes bezeichnet, bereits staatsrechtliche Akte seiner Organe, die schon am 1. Juli mit seiner Entstehung in ihre Organstellung eingerückt sind.

Dass Haenel in den „Studien" am Schlusse seiner Darstellung[21]) sogar sagt, Bund und Bundesverfassung seien „in den Formen der konstitutionellen Gesetzgebung durch vertragsmässig ad hoc berufene und legitimierte Vertreter entstanden", und er als solche die Regierungsvertreter und den Reichstag nennt, ist wohl nur eine augenblickliche Entgleisung. Denn diese Behauptung, die an Bindings Theorie[22]) anklingt, verträgt sich nicht mit seinen sonstigen Darlegungen. Jedenfalls aber hat Haenel in dem „Staatsrecht" diesen Ausspruch verbessert, wo er an verschiedenen Stellen[23]) ausdrücklich hervorhebt, dass der Reichstag kein verfassungsgebendes Organ war, keinerlei staatsrechtliche Befugnisse hatte. Diese Abirrung braucht daher bei der Beurteilung der Haenelschen Lehre nicht berücksichtigt zu werden.

Merkwürdig ist es — diese Empfindung hat man nach der Betrachtung der Theorie Haenels — dass die richtige Lösung der Frage diesem genialen Rechtslehrer nicht geglückt ist, obwohl er ihr doch wahrlich nahe genug gekommen ist.

II. Le Fur schliesst sich in den Hauptpunkten Haenel an. Gleich diesem bekämpft er ausführlich[24]) die Ansicht, dass vertragliche Entstehung des Bundesstaates unmöglich sei. Was die Bedeutung der Partikulargesetze anlangt, steht er allerdings auf dem Standpunkte von Anschütz und Laband: „Les Etats particuliers donnent, en la forme de loi, d'un accord unanime, leur déclaration

---

[21]) S. 78.

[22]) unten § 11.

[23]) S. 19 ff.

[24]) Etat fédéral S. 564—575.

de vouloir devenir à partir de telle date les membres d'un Etat fédéral . . ."[25]) Aber danach folgt er ganz Haenel: „. . . Cet Etat n'existe pas encore. Pour qu'il existe, un dernier acte est nécessaire: il faut que les organes fédéraux . . . entrent en fonction et promulguent aussitôt au nom de l'Etat fédéral la nouvelle constitution qui devient ainsi d'un projet de constitution . . . la constitution même de cet Etat fédéral."[26])

Haenels und Le Furs Ansicht hat sich ferner Posener[27]) völlig zu eigen gemacht. —

Damit ist die grosse Reihe der Schriftsteller geschlossen, die als Entstehungsgrund des Norddeutschen Bundes eine völkerrechtliche Vereinbarung ansehen. Grosse Gegensätze finden sich unter ihnen: neben einer Theorie, die zu dem unmöglichen Ergebnisse des Staatenbundes führt, die Theorie, die in treffendster Weise die rechtliche Natur der Gründung erklärt.

III. Theorien, welche keinen Rechtsgrund der Entstehung angeben.

§ 10. Die Theorie Laband.

In klarer und scharfsinniger Weise hat Laband die Gründungsereignisse dargestellt und gedeutet.[1]) Laband hat in der Frage der Landesgesetze zuerst auf die Unterscheidung des Gesetzes in formellem und in materiellem Sinne hingewiesen.[2]) Ersteres sei eine allgemeine Form für die Willenserklärung des Staates. Laband legt nun dar, dass mit der Erklärung der Annahme des Verfassungsentwurfes durch die Regierungsvertreter der Bund noch keineswegs gegründet war, dass sich vielmehr der Inhalt des Augustvertrages jetzt nur „dahin spezialisiert habe, einem Bunde mit der festgestellten Verfassung anzuge-

---

[25]) a. a. O. S. 582.
[26]) a. a. O. S. 583.
[27]) Reichsverfassung S. 15, 16.
[1]) a. a. O. S. 12—34; im öffentl. Recht Bd. 1 S. 3—10.
[2]) a. a. O. S. 22.

hören.“[3]) „Objekt der Publikationsgesetze nun sei die Beitrittserklärung zu dem durch die Verfassung definierten Bunde.“ Dann aber meint er,[4]) „die Publikationsgesetze und die zu ihrer Durchführung erfolgten Regierungshandlungen stellten die definitive Erfüllung des Augustbündnisses dar.“ Also auch bei Laband zeigt sich der bei Haenel und Löning hervorgehobene Fehler. Laband hält ausser den in Gesetzesform ergangenen Willenserklärungen der Staaten noch „Durchführungshandlungen“ für erforderlich, um das Ziel des Augustbündnisses, die Gründung des Bundes, zu erreichen. Wie oben ausgeführt ist, können aber nach Erlass der Publikationspatente gar keine Regierungshandlungen zur Durchführung des Augustbündnisses vor dem 1. Juli mehr in Frage kommen. Und um eine spätere Zeit kann es sich doch nicht handeln, da ja Laband selbst den Bund am 1. Juli als gegründet und den Augustvertrag an diesem Tage als erfüllt erachtet. Spätere Handlungen aber haben schon staatsrechtliche Natur. Laband stellt dann richtig fest, dass der Bund „seine Verfassung mit auf die Welt gebracht“ habe.[5]) Er nennt Bund und Bundesverfassung ein und diesefbe Tat der Staaten. Treffend hebt aber Gierke[6]) hervor, dass Laband die Schaffung eines neuen Rechtssubjektes durch eine blosse „Summe von Einzelhandlungen“ nicht zu erklären vermöchte.

Was die Frage der rechtlichen Natur der Gründung betrifft, so lehnt Laband, wie schon oben erwähnt, die Theorien der völkerrechtlichen Vereinbarung durchaus ab[7]) Dass andererseits kein Staatsrecht, weder des Bundes noch der Einzelstaaten als schöpferisch hier in Frage kommen könne, legt er überzeugend dar.[8]) Seine einzige Erklärung der Schöpfung aber ist die, dass er sie

---

[3]) a. a. O. S. 27/28.
[4]) a. a. O. S. 29.
[5]) a. a. O. S. 32.
[6]) In Schmoller 7 S. 1153 ff.
[7]) a. a. O. S. 31.
[8]) a. a. O. S. 31-32.

als „freie Willenstat der beteiligten Staaten“ hinstellt.[9]) Damit gibt er aber keine juristische Konstruktion! Es ist unverständlich, wie er einen Teil der Jellinek'schen Darlegungen zu widerlegen sucht. Denn damit, dass er die Legitimität der einzelnen Teile des Schöpfungsaktes vom Standpunkte der Partikularrechte aus betont, erklärt er doch noch nicht die rechtliche Natur des Gründungsvorganges. Wenn er daher im Gegensatz zu Jellinek meint,[10]) dass die Entstehung des Bundesstaates „juristisch erfassbar“ sei, da die „Gründungsvorgänge hier rechtlich erfasst und qualifiziert werden könnten“, so trifft er damit das Richtige, bleibt aber selbst, wie Meyer[11]) und Seydel[12]) mit Recht betonen, auf die Frage nach dem Rechtsgrunde der Schöpfung die Antwort schuldig. Er hält anscheinend eine Rechtsordnung, die den Willenserklärungen, diesen „Rechtshandlungen der Staaten“[13]), auch die erstrebte Rechtswirkung zuschreibt, für nicht erforderlich. Bornhak hebt diesen Mangel mit den Worten[14]) hervor, Laband übersehe vollständig die Tatsache, dass ein „Recht in abstracto“ nicht existiere.

Wie Laband es mit seinem Standpunkte vereinen kann, neuestens am Schlusse seiner unverändert übernommenen Darstellung[15]) die Lehre von Anschütz als „klar und richtig“ zu bezeichnen, ist unbegreiflich. Denn Anschütz steht doch, wie gezeigt, völlig auf dem Boden der Theorie von der völkerrechtlichen Vereinbarung!

Nach Allem ist der einzige Unterschied zwischen Jellineks und Labands Ansicht der, dass jener alles rechtliche Konstruieren des Gründungsherganges eines Staates missbilligt, dieser es beim Bundesstaate für angebracht und möglich hält. Laband verwirft für den vorliegenden Fall die Jellinek'sche Theorie, er will also eine juristische Konstruktion geben, er gibt sie aber nicht.

---

[9]) An Laband schliesst sich eng an: Fleiner, die Gründung des Schweiz. Bundesstaates.

[10]) a. a. O. S. 33.

[11]) a. a. O. S. 179.

[12]) Kommentar S. 19.

[13]) a. a. O. S. 27.

[14]) In Archiv 7 S. 356 Anm. 20.

[15]) In Marquardsen S. 10 (1909).

Zweiter Abschnitt:

Die Theorien, die eine juristische Konstruktion der Entstehung des Norddeutschen Bundes ablehnen (Tatsachentheorien).

I. Reine Tatsachentheorien.

§ 11. Die Theorie Jellinek.

I. Nachdem die verschiedensten Theorien über die rechtliche Natur der Gründung des Norddeutschen Bundes aufgestellt waren, trat 1882 in seiner „Lehre von den Staatenverbindungen“ Jellinek an die Frage heran und suchte den gordischen Knoten mit dem Schwerte zu lösen. Er lehrte, dass jede juristische Konstruktion dieses rein tatsächlichen, historisch-sozialen Vorganges eiteles Bemühen sei, da solche Konstruktion durch die Natur des Vorganges von vornherein ausgeschlossen sei. In seiner „Allgemeinen Staatslehre“ hat er diese Ansicht auch späterhin vertreten, und eine ganze Anzahl angesehener Schriftsteller haben sich seiner Auffassung angeschlossen.

Jellinek ist zu seiner Ansicht gelangt, weil ihm keine Rechtsordnung die Vorgänge der Staatenentstehung zu beherrschen schien. Er erkannte scharf, dass die Entstehung eines Staates nicht nach dem Rechte eines andern Staates beurteilt werden könne, dass also das Recht der Einzelstaaten für die Bundesstaatsgründung nicht in Betracht käme. Den Staat sah er aber für die einzige Quelle des Rechtes an. Dabei verschloss er sich der Tatsache, dass das Völkerrecht sehr wohl im Stande ist, bei der Bundesstaatsschöpfung die entscheidende Rolle zu spielen. Durch Vertrag, so meint er, können Staaten kein neues Staatswesen hervorbringen. „Vermögen sie doch auf keine Weise eine bisher noch nicht bestehende Volksgemeinschaft zu schaffen.“ „Bei der Reichsgründung beispielsweise konnten die Einzelstaaten ihren Bürgern nicht

die Qualität von deutschen Bürgern beilegen."[1]) Hier übersieht Jellinek, dass es sich natürlich nicht um tatsächliche, sondern nur um rechtliche Umwandlung des Volkes handeln kann, dass die Bürgerqualität etwas rein rechtliches ist, was vom Willen der Staaten abhängt.

Nie könne ferner eine Verfassung durch Vertrag entstehen, denn die „erste Einsetzung der Staatsgewalt durch Vertrag sei undenkbar, da man durch Vertrag keinen übergeordneten Willen hervorbringen könne, ausser wenn ein höherer Wille, eine Rechtsordnung, vorhanden sei, die den Vertrag zu einem von der Willensänderung der Vertragschliessenden unabhängigen mache."[2]) Treffend hat Jellinek hier hervorgehoben, worauf es allein ankommt, ob es solche Rechtsordnung gibt oder nicht! Oben nun ist gezeigt worden, dass das Völkerrecht diese Rechtsordnung darstellt, dass also der Grund, weshalb Jellinek sich von der juristischen Konstruktion dieser Vorgänge abgewandt hat, hinfällig ist.

Jellineks Theorie birgt aber auch sonst manch Irriges. Falsch ist es vor Allem, dass Jellinek die Entstehung des Bundesstaates der Entstehung jedes beliebigen Einheitsstaates gleichsetzt. Wie Anschütz,[3]) Laband,[4]) Meyer,[5]) u. a. hervorheben, kann zwar die Entstehung eines Staates ein rein tatsächlicher Hergang sein, ist es aber keineswegs immer. So ist z. B. die Entwickelung eines Staates aus vorstaatlichem Zustande in der Tat kein rechtlich bewertbarer Vorgang, aber anders liegt es bei der Gründung des Norddeutschen Bundes. Diese beruhte auf menschlichem Rechtswillen; bereits zu Staaten organisierte Menschen wollten im Wege Rechtens eine höhere Organisation über sich schaffen. Die Akte der Staaten aber sind einer Rechtsordnung unterworfen, dem Völkerrecht.

Die Tatsache, die Jellinek als Grund der Entstehung des Bundesstaates angibt[6]), dass, „ein Volk sich als Ge-

---

[1]) Staatenverbindungen S. 256.
[2]) a. a. O. S. 257.
[3]) Encyclopädie S. 505/6.
[4]) a. a. O. S. 33.
[5]) a. a. O. S. 179.
[6]) a. a. O. S. 257, 262, 263.

samtheit fühlt und dies dadurch zum Ausdrucke bringt, dass es sich als Gesamtpersönlichkeit konstituiert," ist nur das Motiv, der politische Grund der Entstehung, erklärt diese aber nicht! Wenn Jellinek[7]) ferner sagt, dass sich die Staaten im Augustvertrage verpflichtet hätten, einen Bundesstaat zu gründen, „d. h. dessen Entstehung zu fördern und dann in den gebildeten Staat als Glieder einzutreten," so verkennt er, dass allein der Wille der Staaten den Bundesstaat gründet, und nicht seine etwa durch andere Umstände bewirkte Entstehung nur fördert, dass der Bundesstaat garnicht gebildet sein kann, ohne dass die Staaten in ihn als Glieder eingetreten sind. Jellinek[8]) hat vollständig Recht, dass ein Staat neu gebildet ist, wenn „seine wesentlichen Stücke faktisch vorhanden" sind und er „sich staatlich zu betätigen in der Lage ist." Aber dass diese Betätigungsmacht, diese Stücke vorhanden sind, dass beruht eben auf dem Willen der Einzelstaaten, dem die Rechtsordnung, unter welcher sie stehen, den gewünschten Erfolg nicht versagte. Wären freilich die tatsächlichen Voraussetzungen des Staates nicht vorhanden gewesen, so hätte natürlich der Wille der Staaten keinen Rechtserfolg haben können. Weil die Staaten bei ihrem Schöpfungsakte es so wollten, deshalb ist auch mit der Gründung des Bundes ihr Wille kein freier mehr, deshalb besteht der neue Staat nunmehr aus eigenem Recht. Er ist keineswegs lediglich als Rechtsinstitut zu betrachten, er existiert tatsächlich in wirksamer Weise, aber da er rechtliche Organisation, „rechtlich geordnete Gesamtexistenz"[9]) ist, so haben die Vorgänge, denen er seine Entstehung verdankt, auch die Natur von Rechtsvorgängen.[9])

II. Gleich Jellinek bezeichnet es Bornhak als „eine Ueberspannung des Rechtsbegriffs, den Staat, die Voraussetzung allen Rechtes, juristisch erklären zu wollen."[10]) Denn die Schöpfung des Bundesstaates „läge

[7]) a. a O. S. 265.
[8]) a. a. O. S. 271; Staatslehre S. 271.
[9]) so auch Gierke in Zeitschrift 30 S. 322.
[10]) Staatslehre S. 17. 245.

ausserhalb der rechtlichen Machtsphäre jedes Einzelstaates" und könne auch nicht „durch ein vertragsmässiges Rechtsverhältnis der Staaten erfolgen."[11]) Verträge und Landesgesetze hält Bornhak für bloss deklaratorisch. Durch Annahme der Bundesverfassung „begründeten die Einzelstaaten den Bundesstaat nicht, sondern erkannten sie das Eintreten seiner Wirksamkeit als auch vom Standpunkte des Landesrechts aus legitim an."[12]) „Um sich diese Legitimität zu wahren," so erklärt Bornhak, dass der Bund mit der von den Einzelstaaten festgestellten Verfassung ins Leben trat, „blieb dem Bundesstaate nichts anderes übrig, als auch seinerseits jene Verfassung anzunehmen und mit dieser Verfassung zur Existenz zu gelangen."[13])

Auch diese Darstellung zeigt den Mangel aller Tatsachentheorien. Sie entspricht nicht den Tatsachen. Ist es richtig, dass der Bundesstaat „in Wirksamkeit trat," ohne dass die Einzelstaaten ihn ins Leben riefen? Ist er nicht vielmehr die Schöpfung ihres ungebundenen Willens? Wenn die Einzelstaaten das Eintreten seiner Wirksamkeit in der Tat nur „als legitim anerkannt" hätten, wenn ihre Rechtsakte nicht konstitutiv gewesen wären, auf welche Weise hätte dann der Bundesstaat entstehen sollen? Und da doch nach Bornhak der Bundesstaat auf seinem eigenen freien, souveränen Willen beruht, so ist es nicht klar, wieso ihm an der Wahrung seiner Legitimität vom Standpunkte der seiner Herrschaft unterworfenen Staaten aus, soviel gelegen war, dass ihm „nichts anderes übrig blieb," als die Bundesverfassung zu seinem Staatsgrundgesetze zu machen! Und wie kann der neue Staat erst die Verfassung „annehmen," und dann mit dieser „zur Existenz gelangen?"

III. Eine Tatsachentheorie vertritt auch der Schweizer Borel: „L'Etat est parce qu'il est. Il porte en lui-même sa raison d'être."[14]) „Les faits qui président à la for-

[11]) Archiv 7 S. 355.
[12]) Staatsrecht S. 147.
[13]) Archiv 7 S. 357.
[14]) Etude sur la souveraineté, S. 71.

mation de l'Etat fédérativ ne se laissent pas qualifier par une formule juridique, parce que l'Etat, source de l'ordre légal, ne peut lui-même être mis en monde parc et ordre légal qui ne reçoit sa sanction que de lui.“[14]) Man sieht schon an diesem kurzen Beispiele, Borel lehnt sich auf das engste an Jellinek an!

Auf dem Standpunkte Jellineks steht ferner wohl auch — klar spricht er sich darüber nicht aus — Mejer, der sich auf Jellinek wie auf Laband beruft.[15]) Er erklärt die Entstehung des Bundesstaates für „keinen Akt, der sich als solcher einer der juristischen Kategorien der Rechtsvorgänge einfach einordnen liesse.“

Mejers weitere Ausführungen, die Annahme der Verfassung durch Preussen habe eine andere juristische Bedeutung gehabt, als die Annahme durch die übrigen Verbündeten, sind verfehlt. Die Annahme durch die letzteren hält Mejer für den Abschluss eines „Unterwerfungsvertrages unter Preussen“. Er kommt daher zu dem Schlusse, dass die norddeutsche Bundesgewalt nur „ein modifizierter Teil der preussischen Staatsgewalt“ sei.[16]) Für das Vorliegen eines Unterwerfungsvertrages fehlt aber jeder Anhaltspunkt. Diese Ansicht ist weder politisch noch juristisch zu rechtfertigen. Sie widerspricht völlig dem Korporations-, dem Staatscharakter des Bundes als eines auch Preussen übergeordneten Staatswesens. Im Bundesrate, dem Träger der norddeutschen Bundesgewalt, gelten doch Preussens Stimmen nicht mehr als die anderen, können im allgemeinen Beschlüsse auch gegen Preussens Willen gefasst werden. Gegen Preussens Willen können auch Bundesgesetze ergehen, die der preussische König als Bundespräside zu publizieren verpflichtet ist. Und solcher Beispiele liessen sich noch viele finden! Es liegt hier eine Verwechselung der tatsächlichen mit der rechtlichen Machtstellung Preussens vor.[17])

---

[15]) Einleitung S. 301 ff.

[16]) a. a. O. S. 303.

[17]) Diese Verwechselung beherrscht völlig die Schrift von Kittel, die preussische Hegemonie (1896).

Jellineks Anschauungen huldigt wohl auch Trieps,[18]) der sich allerdings fortdauernd höchst unklar und wenig scharf ausdrückt[19]) und sich zu gleicher Zeit auf die Vertreter der verschiedensten Ansichten, wie Meyer, Laband und Jellinek, beruft. Seine Uebertragung privatrechtlicher Begriffe auf das Staatsrecht — er sieht die Mitwirkung der Einzelstaaten in einem „dinglichen Veräusserungsvertrage“ — ist unter keinen Umständen zu billigen.

§ 12. Die Theorie Liebe.

Eine rein historisch-soziale Erklärung des Problemes gab vor Jellinek schon Liebe. Bei ihm tritt allerdings die Ablehnung aller juristischen Konstruktion noch nicht ganz so klar zu Tage. Seine Darlegungen stellen das Zwischenglied zwischen den beiden verwandten Theorien Jellinek und Binding dar.

Liebe erklärt den Bund für einen „Schöpfungsakt des gesamten Volkes.“ Denn „die Delegierten der Einzelstaaten wären auch gleichzeitig Vertreter des gesamten Volkes“ gewesen.[1]) Diesen Schöpfungsakt zu „fördern“, hätten sich die Staaten in den Verträgen verpflichtet.[2]) Also auch Liebe fingiert das politisch einige Volk schon als juristische Gesamtheit, auch er sieht das Motiv, den politischen Grund als den einzigen Grund der Entstehung an. Diesen Gedankengang zu verdunkeln, ist allerdings Liebes Terminologie geeignet. Er geht davon aus, dass die Bundesverfassung Gesetz und als solches „Gemeinwille“ ist. Er will nun beweisen, dass sie auch als Gesetz „entstanden“ ist.[3]) Da es sich hier um rechtsfreies Gebiet handele, so könne eine bestimmte Form der Gesetzgebung nicht vorgeschrieben sein, folglich sei „Gesetz“ jeder

[18]) Das Deutsche Reich und die Deutschen Bundesstaaten . . . . S. 84 ff.

[19]) Dies tadelt auch Rehm in Vierteljahresschrift 33 S. 388, 389.

[1]) Studien S. 20.

[2]) a. a. O. S. 17/19.

[3]) a. a. O. S. 18 ff.

„irgend wie erklärte Wille der Gesamtheit," d. h. des gesamten Volkes.

Liebe übersieht hierbei, dass nicht jeder Gemeinwille als Gesetz bezeichnet werden darf, dass man besser tut, nur im Staate von Gesetz zu reden, als Gesetz nur staatliche Willenserklärungen zu bezeichnen, die auf dem durch die Verfassung vorgeschriebenen Wege zustande gekommen sind. Liebe verkennt aber vor Allem, dass auch die Vereinbarung Gemeinwille ist. Wenn er, um seine Ablehnung der vertragsmässigen Entstehung zu begründen, hervorhebt, „ein Gemeinwille könne durch Addierung von Einzelwillen nicht gewonnen werden," so hat er recht. Aber die Vereinbarung ist nicht gleich der Summe der Einzelwillen, sondern, wie oben ausführlich dargelegt ist, Gemeinwille. Dass auch Staaten solchen Gemeinwillen haben können, und dass dieser Gemeinwille in einer völkerrechtlichen Vereinbarung zu Tage treten kann, erkennt Liebe nicht. Die Bundesverfassung ist nicht, wie er meint,[4]) weil sie Gemeinwille ist, auf einem Gesetzgebungswege entstanden, sondern durch den aus der Vereinbarung sich ergebenden Gemeinwillen der beteiligten Staaten. Sie ist entstanden durch Vereinbarung als Gesetz!

Seine Ansieht hat Liebe später[5]) etwas modifiziert Die haltlose Unterstellung, dass die Regierungsvertreter „zugleich" Vertreter des gesamten Volkes gewesen seien, gab er anscheinend auf. Fand er doch Ersatz dafür in der Beurteilung des Wirkens des Reichstages! Zwar erkennt er richtig, dass dieser kein staatsrechtlicher Faktor war, aber er hält ihn für „den unmittelbaren Repräsentanten des norddeutschen Volkes." Daher bedeute die Annahmeerklärung der Bundesverfassung durch die Regierungen am 17. April zwar nicht den Abschluss eines Vertrages zwischen diesen und dem Reichstage, aber mit dieser Annahme sei „der Wille der Nation als Gesamtheit," nämlich der Regierungen und des Volkes, erklärt, sei die

[4]) In Zeitschrift 38 S. 637.

[5]) In Zeitschrift 38 S. 627 ff.

Bundesverfassung durch einen „gesetzgeberischen Akt“[6]) entstanden.[7]) Liebe führt dann weiter aus,[8]) dass „nicht die Bundesverfassung als solche der Genehmigung der einzelnen Landstände bedurfte, sondern nur ihr Inkrafttreten in den einzelnen Ländern.“[9]) Konnte denn aber die Bundesverfassung allein kraft des Willens der „Nation“ überhaupt in Geltung treten, ist nicht vielmehr gerade ihr Inkrafttreten in den einzelnen Ländern ihr Geltungsbeginn überhaupt? Die Landtage genehmigten natürlich nicht die Bundesverfassung als solche, denn diese existierte noch nicht, sie genehmigten den Entwurf derselben und gaben damit ihre Einwilligung, dass dieser Entwurf auch Bundesverfassung würde.

Wenn Liebe übrigens meint,[10]) dass die Genehmigung der Bundesverfassung in den einzelnen Staaten erzwungen werden konnte, so ist das gänzlich unzutreffend. Eine solche Vergewaltigung eines Landtages – da die Regierungen einig waren, konnte es sich ja nur um Zwang gegen die Landtage handeln — wäre nur als Staatsstreich zu klassifizieren!

§ 13. Die Theorie Binding.

Binding hat, wie erwähnt, mit seiner Theorie Grundgedanken Liebes neu aufgenommen; mit seiner Auslegung der Ereignisse knüpft er auch an die Auffassung an, die bereits Thudichum ausgesprochen hatte. Binding hat jedoch seine Theorie in völlig neuer und selbständiger Weise durchgeführt. Thudichum[1]) lehrte, der Bundesstaat sei am 1. Juli ins Leben getreten „vermöge Vereinbarung aller beteiligten Regierungen mit dem Reichstage.“[2])

[6]) a. a. O. S. 627, 637.

[7]) Den gleichen Gedanken hat später Binding weiter ausgeführt.

[8]) a. a. O. S. 628.

[9]) Auch diesen Gedanken hat Binding dann ausgeführt.

[10]) a. a. O. S. 628 Anm. 1.

[1]) Verfassungsrecht S. 51.

[2]) Vergleiche auch Westerkamp, der eine ähnliche Vereinbarung annimmt (oben § 8 II).

Zu diesem Resultate kommt auch Binding. Er zerlegt die Gründung des Bundes in zwei Teile, die „Errichtung“ und das „Inkraftsetzen“ der Verfassung.[3]) Unter ersterer versteht er die Setzung der Verfassung als objektives Recht[4]), was er mit dem 17. April geschehen sein lässt,[5]) unter letzterem begreift er die Akte, welche die Ausführung, die Vollstreckung, dieser objektiven Rechtsnorm bedeuten.[5]) Er behauptet weiter, dass in diesen beiden Stadien als „Mittäter“, also überhaupt als Schöpfer des Bundesstaates und der Bundesverfassung nur zwei Faktoren anzusehen seien, nämlich einerseits die 22 Regierungen, andererseits „das norddeutsche Volk.“ Die einzelnen Landtage aber hätten diesen „Mittätern“ nur als „Gehilfen“ zur Seite gestanden.[6])[7]) Im ersten Stadium sei diese Beihilfe unnötig, ja rechtswidrig gewesen, im zweiten aber wesentlich.[6]) Wie sucht Binding im einzelnen diese Darlegungen zu beweisen?

Schon das Augustbündnis, so argumentiert er[8]), hätte klar jede Mitwirkung der „Stände“[9]) am Gründungswerke abgelehnt. Denn Artikel 5 dieses Vertrages bestimme die Vornahme der Parlamentswahlen „auf Grund des alten Reichswahlgesetzes,“ dass heisse soviel wie „nicht auf Grund von Landeswahlgesetzen.“ Und nach Artikel 2 sollten „die Zwecke des Bündnisses definitiv durch eine Bundesverfassung . . . sicher gestellt werden, unter Mitwirkung eines gemeinschaftlich zu berufenden Parlamentes.“ Dies bedeute also, dass die definitive Feststellung der Bundesverfassung durch Regierung und Parlament allein vorgenommen werden sollte.

---

[3]) a. a. O. S. 18/19.

[4]) a. a. O. S. 67.

[5]) a. a. O. S. 19.

[6]) a. a. O. S. 65/66.

[7]) Ob es sich überhaupt empfiehlt, im Staatsrecht mit strafrechtlichen Ausdrücken zu operieren, erscheint zweifelhaft, ist hier aber nicht zu erörtern.

[8]) a. a. O. S. 14/15.

[9]) Diesen nicht ganz zeitgemässen Ausdruck gebraucht Binding durchweg für „Landtage.“

Diese Auslegung des Augustvertrages ist aber falsch! Die Fassung des Artikels 5 besagte, wie Haenel[10]) zutreffend hervorhebt, nichts anderes als jenes „auf der Basis der Preussischen Grundzüge“ in Artikel 2 desselben Vertrages. Die Parlamentswahlen sollten nicht nach dem Reichswahlgesetz vorgenommen werden, sondern auf Grundlage dieses Gesetzes, d. h. in möglichster Anlehnung an dasselbe. Einzelstaatliche Abänderungsbestimmungen wurden durch den Text des alten Reichswahlgesetzes geradezu verlangt.[11]) In welcher Form diese zu ergehen hatten, das hatte der Augustvertrag nicht anzuordnen, und tat er auch nicht, das war höchstens Sache des Einzelstaatsrechts. Und ob nach diesem Wahlgesetze erforderlich oder rechtswidrig waren, ist eine ganz andere Frage, auf die noch zurückzukommen sein wird.

Dass dies übrigens auch die Auffassung der Regierungen, insbesondere der preussischen, war, auf die sich Binding seinerseits irrtümlich als Gewährsmann beruft, geht doch schon daraus hervor, dass die preussische Regierung schon am 13. August, also noch vor der Unterzeichnung des Augustbündnisses, ihrem Landtage den Wahlgesetzentwurf vorlegte, und dass alle Regierungen dann das gleiche taten. Hätte da Binding nicht eigentlich zu der Ueberzeugung kommen müssen, dass nicht die Regierungen, die Schöpfer des neuen Staates, fortwährend „Gesetzlichkeitsfehler“ begingen,[12]) sondern, dass er selbst einem andauernden „Ungesetzlichkeitsfehler“ verfallen war!

Auch Artikel 2 des Augustvertrages ist ganz anders zu interpretieren. Die „definitive Sicherstellung des Bündnisses“ steht dem „provisorischen Bündnisse“ des Artikels 1 gegenüber, nicht aber trifft Artikel 5 Anordnungen über die Subjekte der Sicherstellung.[13])

Dass auch die preussische Regierung dieser Ansicht war, bezeugen die von Haenel a. a. O.[14]) angeführten Er-

---

[10]) Staatsrecht S. 21, insbes. Anm. 15.

[11]) Vgl. Haenel a. a. O. S. 22 Anm. 15.

[12]) So Binding a. a. O. S. 5 Anm. 3.

[13]) Vgl. auch Haenel a. a. O. S. 25 Anm. 3.

[14]) S. 25 Anm. 3.

klärungen der Regierungskommissare in den Kommissionsberatungen des preussischen Abgeordnetenhauses. Das Augustbündnis bestimmt also über die Mitwirkung der Landtage an dem Gründungswerke garnichts. War diese Mitwirkung bei der „Verfassungserrichtung" nun wirklich rechtswidrig?

Diese staatsrechtliche Frage hängt von der Stellung ab, die der zu wählende Reichstag erhalten sollte. Binding bezeichnet diesen als Repräsentanten des „norddeutschen Volkes." Durch ihn habe dieses die Verfassung gemeinsam mit den Regierungen „errichtet." Ja, gab es denn überhaupt schon ein „norddeutsches Volk?" Twesten hat im konstituierenden Reichstage diese Frage mit Recht verneint.[15]) Bindings Vorwurf deswegen[16]) ist unberechtigt. Denn hier handelt es sich um Rechtsfragen, und in rechtlicher Beziehung gab es noch kein „norddeutsches Volk." Dies sollte erst geschaffen werden. Das „norddeutsche Volk" Bindings ist ein Anachronismus. Seine falsche Auffassung rührt daher, dass er alle diese Vorgänge nicht als Rechtsvorgänge auffasst, dass er ein norddeutsches Volk schon tatsächlich gebildet wähnt, eine Auffassung, welche der Jellineks[17]) und Liebes[18]) gleicht. Und nach welchem Rechte war der Reichstag „Repräsentant" dieses als vorhanden fingierten Volkes? Die 22 Staaten als solche bestanden doch noch; ihr Staatsrecht war in voller Geltung, gab dies dem Reichstage diese Stellung? oder tat es etwa der völkerrechtliche Vertrag? Hatte denn der Reichstag überhaupt die ihm zugeschobene rechtsschöpferische Funktion?

Die Regierungen hatten sich in dem Augustbündnisse (Artikel 5) verpflichtet. „den Bundesverfassungsentwurf festzustellen, der dem Parlamente zur Beratung und Vereinbarung vorgelegt werden sollte." Damit beschränkten sie also ihre Verpflichtung auf die Annahme eines solchen Bundesverfassungsentwurfes, dem ein auf die festgesetzte

---

[15]) Sten. Ber. S. 691/692.

[16]) a. a. O. S. 41.

[17]) vgl. oben § 11.

[18]) vgl. oben § 12.

Weise gewähltes Parlament zugestimmt hatte.[19]) Dass die Vereinbarung mit diesem und keinem anderen Reichstage zustandekommen sollte, wie Binding[20]) meint, ist irrig. Das zeigt klar die Tatsache, dass in der ersten förmlichen Sitzung der Regierungsvertreter am 18. Januar 1867 der Krone Preussen auch das Recht der Auflösung des Reichstages übertragen wurde.[21]) Das Parlament stand den Regierungen also kraft ihres Willens bei der Feststellung des Verfassungsentwurfes als Gegenpart gegenüber, es war m. a. W. nur das politisch angezeigte Mittel, um einen Entwurf zu gewinnen, der auf die Anerkennung der Einzellandtage mit möglichst grosser Bestimmtheit rechnen konnte. Seine Mitwirkung hatte staatsrechtlich gar keine Bedeutung. Die Regierungen hätten in ihrem Vertrage ebenso gut eine beliebige dritte Person bezeichnen können, mit welcher der Entwurf vereinbart werden sollte. Dies ist auch der Sinn der treffenden Ausführungen Haenels[22]) über diesen Punkt.

Aber daraus ergibt sich, und das hat Haenel[23]) nicht klar erkannt, dass die Regierungen die Wahlgesetze zwar erlassen durften, aber dazu nirgends verpflichtet waren. Denn die Mitwirkung der Landtage war doch nicht erforderlich, um eine Körperschaft wählen zu lassen, die gar keine staatsrechtlichen Befugnisse haben sollte. Dass die Regierungen die Mitwirkungen der Landtage in Anspruch nahmen, entsprach lediglich politischen Motiven. Von einem „Gesetzlichkeitsfehler" der Regierungen kann hier also keine Rede sein. Nach dem Gesagten konnten auch die Einzellandtage die Stellung des Reichstags überhaupt nicht ändern. Sie beabsichtigten es aber auch keineswegs.

Wenn das preussische Abgeordnetenhaus in dem § 1 des Wahlgesetzes die Funktion des Reichstages als „beratende" bezeichnete, so wollte es nur seine eigene Stel-

---

[19]) Haenel a. a. O. S. 19.

[20]) a. a. O. S. 53, 54.

[21]) so Haenel, Studien S. 14.

[22]) Staatsrecht 19 ff. insbes. S. 19 Anm. 12. vgl. auch Laband in Marquardsen S 4 Anm. 2 und S. 6.

[23]) a. a. O. S. 21.

lung zu dem zu vereinbarenden Entwurfe regeln. Es wollte damit nur jeden Zweifel darüber beseitigen, dass es sein Recht auf Prüfung und Anerkennung des festgestellten Entwurfes sich vorbehielt und dies nicht der Regierung delegieren wollte, wozu es zweifellos imstande war.[24]) Das ist auch das Leitmotiv der ganzen Landtagsdebatte über den § 1, dass allerdings bisweilen nicht ganz klar hervortritt. Eine solche Delegation des Prüfungsrechtes des Landtages, wie sie Art. 118 pr. Verf. für den Fall der Gründung des 1819 geplanten deutschen Bundesstaates vorgesehen hatte, war gewiss Bismarck erwünscht, da sie das grosse Werk vereinfacht hätte, aber die preussischen Volksvertreter konnten in einem noch unbekannten Parlamente, gewählt nach einem noch unerprobten Wahlrechte, nicht die genügende Gewähr dafür sehen, dass dies Parlament die auch noch gänzlich unbekannte Vorlage der Regierungen nur dann annehmen würde, wenn sie die erst 1850 erlangten Volksrechte völlig achtete. Da sie also nicht wussten, ob dies „Vorparlament," wie es Virchow treffend genannt hat, das nötige Gegengewicht gegen die Regierungen darstellen würde, und seiner Stellung nach darstellen könnte, deshalb wollten sie nicht im voraus ihre Zustimmung zu der zwischen den Regierungen und dem Reichstage vereinbarten Verfassung erteilen, deshalb sollte diese nicht ohne weiteres Landesrecht brechende Kraft besitzen.[25])

Ganz unberechtigt also widmet Binding einen ganzen Paragraphen seiner Schrift[26]) der Verurteilung des „Attentates", das die Landtage auf die Rechtsstellung des Reichstages unternommen hätten! Kann nach alledem der Reichstag, der rechtlich kein Parlament, keine Volksvertretung war, nur ein Hilfsorgan der Regierungen, etwa noch als Mittäter bei der „Verfassungserrichtung" bezeichnet werden? Zweifellos nein! Aber auch an eine

---

[24]) vgl. auch unten § 14.

[25]) vgl. Stenogr. Ber. d. Abgeordnh. 1866/67, Reden der Abgeordn. Simson (S. 297), Löwe (302), Twesten (303, 322), Waldeck (S. 319), vor allem auch Sten. Ber. ausserord. Sess. 1867: Rede des Referenten Twesten (S. 24).

[26]) a. a. O. § 6.

Verfassungserrichtung in Bindings Sinne ist — das ergibt sich jetzt schon — nicht zu denken. Denn wie konnte der auf die angegebene Weise festgestellte Verfassungsentwurf nach dem Gesagten ohne weiteres verbindliche Kraft gewinnen, zur Rechtsnorm werden?[27])

Die Vereinbarung, die nach Binding[28]) keine Willensbindung, sondern eine echte Willenseinigung darstellt, sollte ferner die Regierungen gegenüber dem Volke, dies jenen gegenüber verpflichten, sich „an einem bestimmten Tage dem Gesetze ihres gemeinsamen Willens“[29]) unterzuordnen, damit also die Verfassung „in Kraft zu setzen?“ Von alledem kann nicht die Rede sein; ebensowenig wie bei der „Verfassungserrichtung“ konnte bei der „Verfassungsvollstreckung“ das nicht vorhandene Volk Miturheber sein! Da Binding den Bund nicht für eine Rechtsschöpfung ansieht, so hält auch er die „tatsächliche Organisation“ des Bundes nicht für staatsrechtliche Akte, sondern für die Erfüllung von Verpflichtungen, welche die einzelnen Regierungen untereinander im Augustvertrage, ihre Gesamtheit und das „Volk“ gegenseitig in jener „Vereinbarung“ eingegangen wären[30])

Nachdem sich von Bindings „Mittätern“ in den beiden Stadien der eine nicht als „Schöpfer“ erwiesen hat, sei die „Gehilfenstellung“ der Landtage in dem zweiten Stadium betrachtet. Binding erkennt an, dass in diesem die Mitwirkung der Landesvertretungen „wesentlich“ war.[31]) Steht mit dieser Ansicht nicht in Widerspruch, dass Binding den das Augustbündnis schliessenden Regierungen die Absicht der Ausschaltung der Landtage bei der „definitiven“ Sicherstellung der Bündniszwecke untergeschoben hat? Denn er wird doch den Regierungen keine Rechtswidrigkeiten zumuten wollen!

Binding sucht diese Schwierigkeit zu umgehen, war aber in der Wahl des Weges nicht gerade glücklich. Die

---

[27]) Binding a. a. O. S. 67, 71.
[28]) a. a. O. S. 69, 70.
[29]) a. a. O. S. 19.
[30]) a. a. O. S. 19, 20.
[31]) a. a. O. S. 66.

Regierungen, meint er,[32]) konnten jene Absicht haben, da sie den festen Glauben hatten, dass im Hinblick auf die Autorität der einigen Regierungen und des Reichstages „die Stände auf ihre Rechte stillschweigend verzichten" würden, dass ihre Anerkennung der zwingend gemeinrechtlichen Natur der Verfassung noch vor Abschluss des Verfassungswerkes (am 17. April) mindestens in der Form der konkludenten Unterlassung des Widerspruchs erfolgen würde.[33])

Dieser Auffassung liegt eine Verwechselung Bindings zugrunde. Nicht um subjektive, folglich verzichtbare „Rechte der Stände" handelte es sich hier, sondern um objektives Recht! Sollte die Bundesverfassung ins Leben treten, so musste sie ipso iure die Landesverfassungen eingreifend ändern; daher bedurfte die Zustimmung der Landtage der Form der Verfassungsänderungen, in Preussen musste Art. 107 pr. Verf. Anwendung finden. Und wo die Rechtsordnung besondere, erschwerte Formen verlangt, können diese nicht durch die allgemeine Form der konkludenten Unterlassung des Widerspruchs ersetzt werden.

Doch, so argumentiert Binding weiter, der erste „Gesetzlichkeitsfehler" der Regierungen zog den zweiten nach sich. Nachdem die Kammern bei Beratung der Wahlgesetze ausdrücklich sich die nachfolgende Genehmigung vorbehalten hatten, konnte von dieser bequemen Form der Zustimmung natürlicherweise nicht mehr die Rede sein. Daher mussten die Regierungen, die Landesrechte befolgend, ihren Landtagen die „errichtete" Bundesverfassung vorlegen. Seiner falschen Auffassung von der „Vereinbarung" gemäss, behauptet nun Binding, Regierungen und Volk hätten sich verpflichtet, nur diese Verfassung zur Durchführung zu bringen, keine Aenderung derselben zu gestatten.[34]) Die Regierungen hätten daher nur „ihre feste Gebundenheit erklärend", die Genehmigung der Landtage einholen können, aber nicht zum

---

[32]) a. a. O. S. 30, 31.

[33]) vgl. dazu Haenel a. a. O. S. 24 Anm. 2.

[34]) a. a. O. S. 53/54; vgl auch oben Anm. 18.

„Vollzuge der Verfassung", denn dazu wären die einzelnen Staaten nicht imstande gewesen, sondern dazu, dass das „abgeschlossene Verfassungswerk"[35]) an einem bestimmten Tage in diesem Gebiete „in Kraft trete".[36]) Nicht hätten ferner die Staaten durch ihre Gesetze die Abänderung der Landesrechte durchgeführt, sondern nur ermöglicht, da die Landesrechte durch den Geltungsbeginn der Bundesverfassung selbst, nicht aber durch die Landesgesetze abgeändert worden wären. Daher seien die Landtage nicht Miturheber bei dem „Verfassungsvollzuge" gewesen, sondern lediglich „Gehilfen". Diese Darlegungen Bindings sind nicht richtiger als seine vorherbesprochenen. Wie konnte die Verfassung bereits verbindliche Rechtsnorm, bereits „Verfassung des Norddeutschen Bundes" sein, ohne dass sie, was Binding ja zugibt, wegen der noch fehlenden ständischen Genehmigung in irgend einem Gebiete „in Kraft" war? Die Landtage selbst waren ferner, wie schon gezeigt ist, keineswegs verpflichtet, die Verfassung unverändert anzunehmen. Eine Abänderung hätte auch die Gründung nicht zum scheitern zu bringen brauchen, die Regierungen hätten vielmehr jede Abänderung zur Basis eines neuen Verfassungsentwurfes nehmen können.

Binding übersieht sodann gänzlich, dass, was zwar die einzelnen Staaten nicht vermochten, doch der Gesamtheit der Staaten möglich war. Diese konnte allerdings „die Bundesverfassung vollziehen". Zu dieser Mitwirkung am „Vollzuge" bedurften aber die Regierungen der Genehmigung ihrer Landtage. Gewiss trat die Abänderung des Landesrechts durch die Geltung der Bundesverfassung ein, aber deren Geltung trat erst durch den Willen der Landtage ein, folglich ist es ungerechtfertigt, zu erklären, diese hätten die Abänderung nur „ermöglicht". Keinesfalls hatten daher die Landtage nur Gehilfenstellung. Nicht die Regierungen und das „norddeutsche Volk", sondern die 22 Staaten gründeten den Norddeutschen Bund!

---

[35]) a. a. O. S. 66.

[36]) a. a. O. S. 57/58; vgl. die ähnl. Ausführung Liebes oben § 12.

Bindings Darlegung der Ereignisse ist eine willkürliche. Daher muss er so viele Tatsachen, so ausser bereits Angeführtem noch den Mangel einer feierlichen Beurkundung der „Vereinbarung", die Ersetzung der Verkündigung derselben durch die 22 „Scheinpublikationen" und die „Lücke des dies a quo" in der Vereinbarung, als grobe Fehler rügen. Er erkennt garnicht, dass bei der Gründung nicht so viele Verstösse gegen seine Ansicht vorgekommen sind, sondern dass seine Ansicht den Tatsachen andauernd widerspricht. Seine ganze Zweiteilung des Gründungsherganges ist abzulehnen. Die Bundesschöpfung war ein einheitlicher Akt!

Und nun noch ein Wort über Bindings „Rechtsgedanken im Gründungswerk"![37]) Die Vereinbarung, auf die allein Binding die Gründung zurückführt, ist ihm ein „rechtsbegründender Akt extra legem", ein „tatsächlicher Vorgang".[38]) Das Recht, so meint er, entsteht nicht ausschliesslich im Staate, aber es setzt das „Dasein eines anerkannten Gemeinwillens" voraus. Dieser nun sei hier über Regierungen und norddeutschem Volke nicht vorhanden gewesen. Sie hätten daher kein „subjektives Recht zur Verfassungsschöpfung" gehabt. Aber dieser „tatsächliche Rechtsbegründungsakt" habe doch Tauglichkeit zur Rechtsbegründung gehabt. Er habe die „im Rechtsleben gesetzbegründenden Potenzen, Bildung und Erklärung eines Gemeinwillens, enthalten". Weil die beiden Schöpfer „auf rechtsfreiem Gebiete ein Rechtsverhältnis nur zwischen sich schaffen" wollten, — dass durch dies Rechtsverhältnis die Rechte der Landtage am meisten betroffen wurden, übersieht Binding ganz! — [39]), so waren sie „dazu allein fähig, folglich dazu legitimiert."[40]) „Ihre verbindliche Kraft schöpfe daher die Bundesverfassung, seine Rechtsgültigkeit der Staat aus der vernünftigen, dem Rechte als Handlung des Rechtsausbaues willkommenen Tat zu der Errichtung fähiger Gründer".[41])

---

[37]) a. a O. § 13.
[38]) a. a. O. S. 67.
[39]) vgl. Rehm, in Vierteljahrsschr. 33 S. 382.
[40]) a. a. O. S. 67/69.
[41]) a. a. O. S. 70.

Nach allem früher Ausgeführten ist diese Konstruktion unhaltbar. Das Gründungswerk durfte nicht „extra et supra legem“[42]) bleiben, und blieb es auch nicht. Sollte der Bundesstaat ferner wirklich nur ein Rechtsverhältnis zwischen den 22 Regierungen und dem gesamten norddeutschen Volke darstellen, regelte er nicht vielmehr ausser seinen eigenen Angelegenheiten vor allem die der Staaten als seiner Glieder? Wären also nicht schon nach Bindings Auffassung vor allem auch diese zur Schöpfung „legitimiert gewesen“? Wo Staaten aber zusammenwirken, da ist kein „rechtsfreies Gebiet“,[43]) da ist das Gebiet des Völkerrechts! Wenn ferner jemand zu etwas „allein tauglich“ ist, so ist er doch noch nicht dazu „legitimiert“, so kann doch auf seiner Tat noch nicht die „Rechtsgültigkeit“ seines Werkes beruhen! Und welchem Rechte vor allem war denn die Tat als Handlung des „Rechtsausbaues“ willkommen?

Schade, so kann man Laband nur beipflichten, dass Binding nicht den Versuch hat machen wollen,[44]) in „das Mysterium dieser Tat“ tiefer einzudringen!

II. Gemischte Tatsachentheorien.

§ 14. Die Theorie Zorn.

Auch Zorns Lehre über die Gründung des Bundes ist den Tatsachentheorien zuzurechnen, denn auch er erklärt[1]) die Entstehung für „etwas lediglich Faktisches, juristisch nicht Erfassbares.“ Aber betreffs der Bundesverfassung weicht er von den anderen Tatsachentheorien ab. Er konstruiert die Entstehung der Bundesverfassung juristisch, er hält sie für ein Gesetz des Bundesstaates selbst.[2])

---

[42]) a. a. O. S. 5.

[43]) Binding a. a. O. S. 68.

[44]) vgl. Binding a. a. O. S. 70.

1) Staatsrecht S. 30 ff; Reich u. R. V. S. 23 ff.

2) An Zorns Theorie schliesst sich vollständig an: Wenzel, Zur Lehre der vertragsmässigen Elemente der Reichsverfassung, S. 4 ff., insbes. S. 9, 11 und 13.

Den sog. konstituierenden Reichstag bezeichnet er sehr treffend als „Versammlung von Notabeln der deutschen Nation", er erkennt ihm auch richtig jede „staatsrechtliche Basis" ab.[3]) In einer Hinsicht schiesst er aber über das Ziel hinaus, denn er behauptet,[4]) der Reichstag hätte durch die Landesgesetze gar keine verfassungsvereinbarende Funktion erhalten können. Wie aber schon dargelegt ist,[5]) war es sehr wohl möglich, dass die Einzellandtage den Regierungen und dem Reichstage im voraus ihre Zustimmung erteilten, unter sich eine Verfassung mit landesstaatsrechtlich wirksamer Kraft zu vereinbaren. Darüber war sich auch die Mehrzahl der Mitglieder dieser Einzelparlamente klar, und so geschah es auch in der Tat in Braunschweig und Bremen Mit Recht weist ferner Laband[6]) auf das Beispiel des Zollparlamentes hin. Nicht sowohl aus juristischen Bedenken, als vielmehr aus politischen Erwägungen stand man in den meisten Staaten von solcher Blankettvollmacht ab.[7])

Die Landesgesetze sieht Zorn gleich Anschütz und Laband nur als formelle Gesetze an. In der Auffassung ihrer Bedeutung aber weicht er von diesen Schriftstellern erheblich ab. Er sieht in den Gesetzen nicht die bundesbegründende Tat, sondern nur die Erklärung der „Uebernahme einer zukünftigen, am 1. Juli 1867 zu erfüllenden Leistung".[8]) Dies Leistungsversprechen hätte jeder Staat allen anderen erteilt. Zorn übersieht hier, dass sich die Regierungen schon am 16. April gegenseitig verpflichtet hatten, an der Gründung des durch den Verfassungsentwurf genau bezeichneten Bundesstaates zu ihrem Teile mitzuwirken, sofern sie die Genehmigung ihrer Landtage erhielten. Weshalb sollten jetzt die Staaten ihr Versprechen noch wiederholen? Der Inhalt der Publikationspatente enthält doch auch kein Versprechen, sondern jedes

---

[3]) Staatsrecht S. 24.
[4]) a. a. O. S. 23
[5]) vgl. oben § 13.
[6]) in Marquardsen, S. 6 Anm. 1.
[7]) vgl. darüber auch oben § 13.
[8]) Staatsrecht S. 30.

Patent bestimmt, dass die Verfassung am 1. Juli in dem betreffenden Gebiete in Kraft treten soll, der Staat also mit dem 1. Juli Gliedstaat sein will.

Zorn sieht mit dem 1. Juli die neue Staatsgewalt als konstituiert an auf Grund eines rein faktischen Vorganges. Er leugnet aber, dass der Staat und sein Gesetz in einem Akte entstanden.[9]) Denn jedes Gesetz habe begrifflich eine Staatsgewalt zur Voraussetzung. Unter Errichtung einer konstitutionellen Verfassung versteht Zorn „die Selbstbeschränkung einer bisher absoluten monarchischen Staatsgewalt bei Ausübung der staatlichen Funktionen durch Aufrichtung einer Ordnung, an die der Träger der Staatsgewalt künftig gebunden sein zu wollen erkläre." „Daher seien Staat und Staatsgewalt immer das Primäre, solche Verfassung stets das Sekundäre und, so deduziert er, da die Bundesverfassung doch eine konstitutionelle Verfassung darstelle, so sei die neue Staatsgewalt zuerst faktisch und absolut entstanden, nachher habe sie sich dann sofort durch Oktroyierung der Bundesverfassung selbst konstitutionell beschränkt. Letzteren Akt lässt er tatsächlich mit der Errichtung zusammenfallen, rechtlich ihr nachfolgen. Diese Darlegung beruht auf einem Irrtum. Eine konstitutionelle Verfassung braucht nicht stets auf die von Zorn geschilderte Weise errichtet zu werden. Zorn übersieht gänzlich, dass die erste Verfassung (Ordnung) eines Staates gleich eine konstitutionelle sein kann! Man denke nur an die belgische Verfassung von 1831! Wo schon eine Verfassung in weiterem Sinne vorhanden war, da bedeutet die konstitutionelle Verfassung in der Tat etwas sekundäres, aber nicht so, wenn sie zugleich seine erste Ordnung darstellt. Bei dem Norddeutschen Bunde nun war, wie notwendig bei jedem Bundesstaate, schon die erste Verfassung eine konstitutionelle; da kein Staat ohne seine Ordnung zur Existenz gelangen kann, so ist der Norddeutsche Bund gleich mit dieser seiner konstitutionellen Verfassung entstanden. Diese wäre nur dann rechtlich das Sekundäre, wenn der Bund mit einer anderen, nicht konstitutionellen Verfassung ins Leben ge-

[9]) a. a. O. S. 31 ff.; Reich u. RV. S. 25.

treten wäre. Der Norddeutsche Bund hat aber keinen Augenblick, auch rechtlich nicht, als absoluter Staat bestanden. Er besass auch keine Ordnung, welche hätte bestimmen können, auf welche Weise er eine konstitutionelle Verfassung oktroyieren sollte.[10]) Die Annahme Zorns ist durchweg abzulehnen!

Auf nichts anderes als auf Zorns Lehre läuft die von Pohl in seinen beiden Aufsätzen: „Die Entstehung des belgischen Staates und des Norddeutschen Bundes“[11]) und „Bundesstaatsschöpfung und Kuntzes Gesamtaktstheorie“[12]) entwickelte Theorie hinaus.

Pohl hält die Entstehung der Staatsgewalt für ein rein historisches, juristisch nicht erklärbares Faktum.[13]) Wesentlich für das Dasein des Staates war, so führt er[14]) aus, nicht das Inslebentreten der Verfassung, sondern das Dasein eines tätigen Organes. Tatsächlich gleichzeitig mit, für die staatsrechtliche Betrachtung aber unmittelbar nach seinem Insdaseintreten hat dieser vorerst alleinige staatliche Willensträger den Text der Verfassung mit Gesetzeskraft bekleidet. „Nur das Organ, dessen Dasein einen neuen Staat ins Leben rief, konnte die Verfassung als Gesetz oktroyieren.“

Die Ausführungen gegen Zorns Theorie erübrigen, wie man sieht, eine Bekämpfung der mit jener übereinstimmenden Pohlschen Darlegungen.

Schlussbetrachtung.

§ 15. Die Ansicht des Verfassers.

Die fast übergrosse Zahl der vorhandenen, soeben entwickelten und beurteilten Theorien um eine neue zu bereichern, wäre schon an sich keine dankbare Aufgabe.

---

[10]) vgl. Laband in Marquardsen S. 9.

[11]) in Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht Heft 1 1905.

[12]) in Archiv Bd. 20 S. 173 ff. 1906.

[13]) so in Abhandlungen S. 52, in Archiv S. 177.

[14]) in Abhandlungen S. 50 ff.

Diese Aufgabe würde aber jetzt, nach der Besprechung der Theorien, unausführbar sein. Denn da ich mich im wesentlichen der von Anschütz aufgestellten Lehre angeschlossen und diese als richtig hingestellt habe, und da es zwei verschiedene richtige Theorien über die behandelte Frage nicht geben kann, so könnte ich für eine neue Theorie nicht wohl das Verdienst der richtigen Lösung des Problemes in Anspruch nehmen.

Neben der negativen Aufgabe der Kritik bestand die positive Seite dieser Arbeit — von der Darlegung der einzelnen Theorien abgesehen – in der Verteidigung, Begründung und ausführlichen Entwickelung der Anschützschen Lehre, die Anschütz selbst bisher nur ziemlich kurz ausgeführt hatte.

Bei der Beurteilung der fremden Theorien musste ich meine Ansicht bereits völlig klarlegen. Es sei mir aber gestattet, sie zum Abschluss noch einmal kurz zusammenzufassen.

Der sogenannte konstituierende Reichstag hatte an sich überhaupt keine staatsrechtliche Bedeutung. Er war ein von den Regierungen in den völkerrechtlichen Augustverträgen willkürlich bestimmter Faktor zur Mitwirkung an der Feststellung eines Verfassungsentwurfes, nicht einer Verfassung als solcher.

Mit der Zustimmung der Regierungsvertreter zu dem Verfassungsentwurfe in der Gestalt, die ihm der konstituierende Reichstag gegeben hatte, war der Norddeutsche Bund noch keineswegs gegründet, das Augustbündnis noch keineswegs erfüllt. Das Augustbündnis, das nur ein Blankettvertrag gewesen war, wurde vielmehr durch diese Vereinbarung der Regierungen nur ergänzt, ausgefüllt. Die Verpflichtung der Staaten ging jetzt dahin, einen Bund mit der festgestellten Verfassung zu schaffen.

Dass die Staaten den gewonnenen Entwurf ihren Landtagen zur Genehmigung vorlegten, hatte lediglich innerstaatliche, einzelstaatsrechtliche Bedeutung, geschah mit Rücksicht auf die bedeutende Wirkung, die das Inkrafttreten des Verfassungsentwurfes als Bundesverfassung auf die einzelstaatlichen Verfassungen notwendig zur Folge haben musste.

Erst nach Erlangung dieser Genehmigung der Landtage vollzogen die Staaten den Gründungsakt. Sie verkündeten den Verfassungsentwurf in der für Gesetzespublikationen vorgeschriebenen Form und setzten in den Publikationspatenten einheitlich den 1. Juli 1867 als Termin des Inkrafttretens der Bundesverfassung fest.

Die Gesetzesform ist eine allgemeine Form für wichtige Willenserklärungen des Staates. Da die Bundesverfassung in das Einzelstaatsrecht eingriff, so waren die Publikationspatente die einzelstaatsrechtlich notwendige Form für die Erklärung, dass die Staaten am 1. Juli Glieder des Bundesstaates sein wollten, der mit dieser Verfassung an diesem Tage ins Leben treten sollte.

Die in der Gesamtheit der übereinstimmenden Publikationspatente zu Tage tretende Vereinbarung der Staaten, dieser konstitutive Gesamtakt, stellt die bundesbegründende Tat dar.

Für das Entstehen des Bundes als staatsrechtliche Persönlichkeit bedurfte es aber noch eines objektiven Rechtssatzes, der ihn dafür erklärte; an die Vereinbarung als Tatbestand musste ein objektives Recht nun auch die Rechtsfolge der Entstehung knüpfen: Diese Rechtsordnung war das Völkerrecht.

Auch im Völkerrecht gilt das Prinzip der freien Korporationsbildung, auch hier vermag die Vereinbarung mehrerer Personen eine neue juristische Person zu schaffen. Dieser Satz beruht auf Gewohnheitsrecht. Usus wie opinio iuris sind bei dieser Staatsgründung vorhanden.

Die Erfüllung der völkerrechtlichen Verträge besteht also in einem konstitutiven Vertrage auf dem Boden des Völkerrechts, durch den der Bundesstaat dann kraft Völkerrechts unmittelbar zur rechtlichen, und damit auch zur tatsächlichen Existenz gelangt, durch den der Verfassungsentwurf, bisher ein Vereinbarungsbestandteil, mit dem 1. Juli 1867 zur Verfassung des Norddeutschen Bundes erhoben wird.

Ein Bundesstaat war geschaffen, ein Staatsgrundgesetz trat in Geltung. Alle auf das Gründungswerk bezüglichen Verträge sind erfüllt und daher erloschen, an ihre Stelle ist das staatsrechtliche Verhältnis getreten.

Die Vorgänge, denen der Bundesstaat, diese rechtliche Organisation, seine Entstehung verdankt, haben also durchaus die Natur von Rechtsvorgängen!

§ 16. Die Konsequenzen der verschiedenen Theorien.

Die verschiedenen Ansichten über den Schöpfungsakt des Norddeutschen Bundes bieten nicht nur um ihrer selbst willen wissenschaftliches Interesse, sie haben auch eine weitere Bedeutung; denn aus ihnen folgt mit Notwendigkeit die Stellungnahme zu der Möglichkeit einer Abänderung oder Aufhebung des geschaffenen Zustandes, und bei Anerkennen dieser Möglichkeit, zu der Art und Weise ihrer rechtsmässigen Durchführung.

Die erste Frage, die hier auftaucht, ist die nach der rechtlichen Möglichkeit einer Wiederauflösung unseres deutschen Reiches, das ja, wie zu Beginn der Erörterungen hervorgehoben wurde, als Erweiterung des Norddeutschen Bundes anzusehen ist, und auf das daher mit Recht diese Betrachtung übertragen werden darf. Die rechtliche Möglichkeit solcher Aufhebung des Reiches wird allseitig zugegeben. Wie solche Aufhebung zu erfolgen habe, ist nicht so unstreitig. Unbedingt abzulehnen ist zunächst die Ansicht, dass das Reich auf dem entsprechenden Wege, wie es gegründet wurde, nämlich vertraglich, „mutuo dissensu der Verbündeten, der Fürsten und freien Städte" aufgelöst werden könnte, eine Ansicht, die von Jagemann[1]) unter allgemeiner Missbilligung und Zurückweisung[2]) ausgesprochen und zur Erreichung nicht gerade einwandsfreier politischer Zwecke, nämlich der Ausschaltung des Reichstages, empfohlen hat. Diese Meinung beruht auf der schon oben[3]) zurückgewiesenen Auffassung, es bestände noch neben der Verfassung der Bundesvertrag mit seinen Wirkungen fort.[4]) Jedenfalls müsste v. Jage-

[1]) Deutsche Reichsverfassung S. 30.

[2]) vgl. insbes. Anschütz ad Meyer S. 202. Anm. 2 u. S. 601 Anm. 38; Laband i DJZ. 1904 S. 561 ff.

[3]) § 7.

[4]) v. Jagemann a. a. O. S. 45.

mann bei logischer Durchführung seiner Ansicht auch die Zustimmung der Einzellandtage verlangen.

Nach richtiger und wohl herrschender Ansicht kann eine Aufhebung des Reiches nur im Wege des Reichsgesetzgebung in der für Verfassungsänderungen vorgeschriebenen erschwerten Form des Art. 78 erfolgen. Denn die einzige rechtmässige Art der Auflösung des Reiches ist die Selbstvernichtung, die Beendigung kann nur vom Bundesstaate selbst ausgehen. Jene Form für die Erklärung aber ist sicher erforderlich, da doch die Aufhebung der Verfassung gegenüber ihrer Abänderung ein plus darstellt.[5])

Wenn Seydel[6]) und Rehm[7]) zu der Aufhebung ausserdem noch Einstimmigkeit aller Staaten verlangen, so ist dies nicht zu billigen. Diese Auffassung ist nur durch die Annahme vertragsmässiger Beziehungen zwischen den Staaten zu rechtfertigen und ist daher vom Seydelschen Standpunkte aus völlig zu verstehen! Die Reichsverfassung selbst aber kennt doch das Erfordernis der Einstimmigkeit des Bundesrates nicht!

Den gleichen Erfordernissen wie die Auflösung des Reichs unterliegt auch das (nicht einseitige) Ausscheiden eines Gliedstaates aus demselben, ein Fall, der auch ganz allgemein als rechtlich möglich erachtet wird. Auch hier ist das Verfahren des Art. 78 ausreichend und, schon wegen der notwendigen Abänderung des Art. 1 RV., erforderlich.[8]) Hiervon abweichend fordert Seydel,[9]) seiner Theorie getreu, die Zustimmung aller Verbündeten, da bei dem Ausscheiden eines Mitgliedes „nicht mehr derselbe Vertrag vorhanden" sei, also ein neuer Vertrag unter den übrigen geschlossen werden müsste.[10])

Ist nun aber auch der einseitige Austritt eines Gliedstaates, ist ferner der Ausschluss eines solchen durch

---

[5]) So auch Meyer, S. 601, Anm. 39.

[6]) Komm. S. 33.

[7]) Staatslehre S. 132.

[8]) So Laband, a. a. O. S. 183; Meyer a. a. O. S. 591; Sieskind, zur Lehre von den Bedingungen usw. S. 31.

[9]) a a. O. S. 27/8.

[10]) Zu dem gleichen Resultate gelangt auch Zorn, Staatsrecht, S. 93 ff.; der solch ein Ausscheiden für eine „faktische Lösung" des bisherigen Bundes hält.

das Reich für rechtlich zulässig zu halten? Fast ausnahmslos[11]) wird diese Möglichkeit abgelehnt, so von Seydel[12]) und von v. Mohl[13]) als durch das Eingehen eines „ewigen Bundes“ ausgeschlossen. Dieser Gesichtspunkt aber kann, wie schon oben[14]) erwähnt, nicht als ausschlaggebend angesehen werden. Meyer vertritt diesen abweichenden Standpunkt, weil er die „Existenz der Einzelstaaten als Glieder des Bundes“ zu den „vertragsmässigen Grundlagen“ des Reiches rechnet.[15]) Aber auch, wenn man diese Grundlagen als nicht im Einklang mit dem Staatscharakter des Reiches verwirft,[16]) muss man den einseitigen Austritt wie den Ausschluss von Gliedstaaten ablehnen. Solch Austritt würde der Souveränität des Reiches widersprechen; der Wille des Reiches ist dem der Gliedstaaten übergeordnet. Daher haben diese Staaten kein Recht, gegen den Willen des Reiches aus ihm auszuscheiden.[17]) Der Ausschluss eines Staates anderseits würde die Mitgliedschaftsrechte der Staaten verletzen, er wäre Verfassungsbruch.[18])

Mit der letzten Frage hängt eng die zusammen, ob die Einzelstaaten dem Reiche gegenüber ein Recht auf ihre staatliche Existenz haben. Viele Schriftsteller bestreiten diesen Anspruch gänzlich, wie Affolter,[19]) Anschütz,[20]) Haenel,[21]) Jellinek,[22]) Le Fur[23]) u.a. Auch Meyer[24]) meint, beim Leugnen der „vertragsmässigen Grundlagen“ müsse man konsequenterweise auch zur Ab-

---

[11]) vgl. d. Lit. Ang. b. Meier a. a. O. S. 589 Anm. 9; den Ausschluss will zulassen: Affolter a. a. O. S. 847.

[12]) a. a. O S. 28.

[13]) a. a. O. S 11.

[14]) § 6.

[15]) a. a. O. S. 588 ff.

[16]) vgl. oben § 7.

[17]) Uebereinstimmend insb. auch Rehm, a. a. O. S. 144; Thudichum a. a. O. S. 53.

[18]) So mit gewiss. Abweichungen: v. Mohl a. a. O. S. 11; v. Rönne, Staatsrecht S. 47.

[19]) a. a. O. S. 847.

[20]) ad Meyer S. 591 Anm. 10.

[21]) Studien, S 177 ff.; Staatsr. S. 779.

[22]) Staatenverbindungen S. 304.

[23]) a a. O. S. 708.

[24]) a. a. O. S. 590 Anm. 10.

lehnung dieses Rechtes gelangen. Dem ist aber nicht so. Man muss vielmehr den Staaten den Anspruch auf ihre staatliche Existenz zusprechen. Diese darf ihnen nur mit ihrer Zustimmung genommen werden. Denn wenn sogar zur Beseitigung von Sonderrechten Art. 78 II ihre Zustimmung verlangt, so muss doch noch um vieles mehr diese Zustimmung zur Beseitigung ihres Rechtes auf Existenz gefordert werden. Weil die Staaten dies als ganz selbstverständlich ansahen, deshalb ist keine besondere Bestimmung darüber in die Verfassung aufgenommen worden. Denn bei der Gründung des Bundesstaates kann es nicht die Absicht der Staaten gewesen sein, sich dieses staatlichen Grundrechtes zu begeben, es in die Hände des Reichstages und einer etwa vorhandenen qualifizierten Bundesratsmehrheit zu legen. Nie hätten die Monarchen, zumal der kleineren Staaten, die erforderliche zwei Drittel-Majorität der vertretenen Stimmen im Bundesrate[25]) und die notwendige Zustimmung des Reichstags als genügende Sicherheit für die selbständige Existenz ihres Staates, für ihren Thron, angesehen, zumal damals im Reichstage einheitsstaatliche Bestrebungen in starkem Masse vorhanden waren. Nein, weil sie alle davon durchdrungen waren, dass ihre Zustimmung zur eventuellen Aufhebung ihrer Existenz ganz fraglos erforderlich sei, deshalb ist die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in die Bundesverfassung unterblieben, deshalb ist dies Erfordernis der Einwilligung des betreffenden Staates als eine stillschweigende Beschränkung der Kompetenzkompetenz des Reiches anzusehen. Das Recht der Einzelstaaten auf Existenz ist ein ius omnium commune, seine Verletzung wäre Verletzung des Reichsstaatsrechts, wäre nicht minder Verfassungsbruch als der einseitige Austritt eines Gliedstaates aus dem Reiche.

Ein Gedanke freilich, dem auch Haenel[26]) Ausdruck geliehen hat, drängt sich bei diesen Erörterungen sofort auf: diese Fragen haben wohl juristische Bedeutung,

---

[25]) Bundesverfassung Art. 78.

[26]) Staatsrecht S. 777, insbes. Anm. 3; ähnl. Meyer a. a. O. S. 591 Anm. 10

praktische politische Bedeutung aber haben sie kaum. Denn wenn solche Aenderungen unseres heutigen staatsrechtlichen Zustandes einmal sich anbahnten, dann würde man sich wohl kaum darum kümmern, was das Staatsrecht zulässt, was nicht, die tatsächlichen Machtverhältnisse allein würden entscheiden. Heute aber erscheinen uns diese Möglichkeiten so fernliegend, steht der stolze Bau des Reiches so festgefügt da, dass deshalb allein schon diese Betrachtungen wohl nur theoretische Bedeutung haben.

§ 17. Rückblick.

Wenn man noch einmal die lange Reihe der Theorien über die Rechtsnatur jener grossen historischen Vorgänge überblickt, so fällt die Mannigfaltigkeit auf, mit der die gleichen Ereignisse auf so viele verschiedene Weisen beurteilt worden sind.

Dies hat seinen Grund darin, dass die Bewertung jenes gewaltigen Schöpfungsaktes eines der interessantesten juristischen Probleme darstellt. In ihm ruhen Grundfragen des Rechtes, die Entstehung von Staat und Recht. Vor allem hat auch die wichtige historische und politische Bedeutung jener Staaatsgründung den Juristen stets zur Untersuchung der Gründungsvorgänge angeregt. Verdankt doch das deutsche Volk jenem Werke einer grossen Zeit so unendlich viel! Im besonderen aber führt der Jurist die heutige Renaissance des deutschen Rechtes, das Blühen der deutschen Rechtswissenschaft und die Rechtseinheit mit ihrem unermesslichen Segen auf jenen Akt zurück, der in den Julitagen des Jahres 1866 begann und am 18. Januar 1871 seinen schönsten Abschluss fand.